Auslegungsregel

und

subsidiärer Rechtssatz.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Vocke,
Rechtspraktikant am kgl. Landgericht Ansbach.

Approbiert am 23. Februar 1909.

Erlangen 1909.
Druck der Univ.-Buchdruckerei von E. Th. Jacob.

39

Referent: Professor Dr. Binder.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

I. Kapitel: Auslegung und Auslegungsregel 4

II. Kapitel: Dispositives und subsidiäres Recht 23

III. Kapitel: Auslegungsregel und dispositives bezw. subsidiäres Recht 41

Zusammenfassung 65

Einleitung.

Während der individualistischen Willenstheorie der Rechtswissenschaft des vorigen Jahrhunderts gemäss sich die wissenschaftliche Bearbeitung und Untersuchung mit Vorliebe mit der Systematisierung und Theorie des subjektiven Rechtes beschäftigte, hat in neuerer Zeit, als die genannte Theorie auf fast allen Gebieten der Rechtswissenschaft gezwungen war, zurückzuweichen und einer gründlicheren, weniger naiven und selbstherrlichen Betrachtung der Dinge Platz zu machen, sich die wissenschaftliche Forschung vorwiegend der Theorie des objektiven Rechts zugewandt. Dieser soll auch die folgende Untersuchung dienen, indem sie zur Theorie des subsidiären Rechts in Hinsicht seiner Einteilung und Systematisierung und der Lehre von seinen Arten einen Beitrag zu liefern unternimmt.

Indem wir davon ausgehen, dass es sich dabei um das Gebiet grundsätzlicher primärer Wirksamkeit des Parteiwillens und Anerkennung desselben durchs Gesetz handelt, versuchen wir vorerst in Kürze den Standpunkt der modernen Wissenschaft, die herrschende Lehre auf diesem Gebiete darzustellen und zusammenzufassen: In Rücksicht auf den eben an die Spitze gestellten Gesichtspunkt unterscheidet sie zwei Arten des subsidiären Rechts.

1. Bestimmungen, die dem Parteiwillen dienen und, sofern die Erklärung in einem Punkt des zu normierenden Rechtsverhältnisses der erforderlichen Eindeutigkeit und Sicherheit des Inhalts entbehrt, ihm einen massgeblichen Inhalt verschaffen und sichern, und die daher allgemein als Auslegungsregeln bezeichnet werden.

2. Bestimmungen, die für den Fall fehlender Parteierklärung die Rechtsfolgen eines Rechtsverhältnisses festsetzen, indem sie als gesetzliche Regelung, als Gesetzesrecht, den mangelnden Parteiwillen ergänzen und an seiner Stelle selbst die Normierung vornehmen: ergänzendes Recht.

Dieser besonders von Stammler begründeten Unterscheidung zufolge ergibt sich die Konsequenz, dass dem Vorliegen einer Parteierklärung gegenüber die ersteren Bestimmungen schon da weichen, wo sie nicht positiv als Inhalt derselben gelten können, letztere erst da, wo sie durch positive entgegengesetzte Erklärung ausgeschlossen sind, sodass den ersteren Bestimmungen der Charakter der Subsidiarität in höherem Masse beizulegen ist als den letzteren, die ja nicht den Anspruch erheben, als massgeblicher Inhalt der Parteierklärung selbst zu gelten, sondern vielmehr diese bei ihrem Fehlen zu ergänzen.

Dies ist in Kürze die Theorie Stammler's, die er zuerst in Fortsetzung Bülow'scher Gedanken [1]) in seiner Schrift über den »Garantievertrag« [2]) und später in Beziehung aufs B.G.B. in seinem »Recht der Schuldverhältnisse« niedergelegt hat. Sie hat in

---

1) Bülow im Arch. f. z. Pr. Bd. 64.

2) Stammler, d. Garantievertrag, im Arch. f. z. Pr. Bd. 69.

weitestem Mass die Anerkennung der Literatur gefunden, und auf ihr fussen die Mehrzahl der Lehrbücher der Pandekten wie des bürgerlichen Rechts, wie auch der Kommentatoren des letzteren; unter den ersteren vor allem Hölder, Dernburg, Windscheid, Crome, Cosak u. a., unter den letzteren vor allem der Planck'sche Kommentar [1]).

Demgegenüber soll nun im folgenden die begriffliche Einheit des subsidiären Rechts dargetan werden und die Einheitlichkeit seiner Wirkung gegenüber der Parteierklärung; damit zugleich aber die Unhaltbarkeit des Begriffs der positiven Auslegungsregeln, und an dessen Stelle der wahre Charakter der in der Literatur bezeichneten Bestimmungen erwiesen werden.

---

1) Vgl. auch Zitelmann, internat. Privat-R. II. S. 270 ff. u. a. a O.

Kapitel I.

Auslegung und Auslegungsregel.

Auslegung ist die geistige Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, den Sinn einer Erklärung zu ermitteln; Gegenstand der juristischen Auslegung sind Willenserklärungen, und zwar solche des Gesetzgebers, oder der Rechtsgeschäfte abschliessenden Privatpersonen. Die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen insbesondere kommt für die gegenwärtige Untersuchung in Frage.[1] [2])

Wir haben uns zunächst über den Gegenstand der Auslegung: die rechtsgeschäftliche Willenserklärung, zu verständigen. Die Willenserklärung ist von juristischem Interesse als Tatbestand. Wenn wir darunter den vom Gesetz zur Einheit zusammengefassten Inbegriff von natürlichen und tatsächlichen Verhältnissen, Vorgängen und Handlungen in der Aussenwelt, im äusseren Leben verstehen, die der Gesetzgeber zur Bedingung und Grundlage von Rechtswirkungen erhebt, in-

1) Anm. Vgl. Danz, die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 1906, II. Aufl. S. 3. Dort die Angabe nahezu der gesamten Literatur über die Auslegung der Rechtsgeschäfte.

2) Leonhard's Definition (der allgemeine Teil in seinem Einfluss auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft 1900 S. 347) der Auslegung: als der zur Ausführung der Rechtsgeschäfte erforderlichen geistigen Behandlung, ist zu weit. Von dem Richter, der das Rechtsgeschäft auslegt, kann man nicht sagen, dass er es auszuführen habe. Soweit andererseits der Richter als Diener der Staatsgewalt zur Erzwingung der rechtsgeschäftlichen Ausführung durch die Privatpersonen tätig wird, beschränkt sich seine geistige Behandlung des Rechtsgeschäfts nicht auf die Auslegung desselben; diese bildet vielmehr nur den Anfang dieser Tätigkeit.

dem er gewisse Veränderungen der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Beziehungen an sie knüpft und diese dadurch zu Rechtswirkungen macht, so erweist sich die Willenserklärung demgegenüber als ein qualifizierter Tatbestand. Sie unterscheidet sich von dem gewöhnlichen Tatbestand dadurch, dass ihr an sich ein gewisser Inhalt innewohnt, dass sie Trägerin von gewissen Gedanken, eines gewissen Sinnes ist. Dieser Unterschied wird auch vom Gesetz anerkannt, indem bei dem Tatbestand der Willenerklärung nicht wie bei den gewöhnlichen Tatbeständen das Gesetz mehr oder weniger äusserlich und in absoluter, rein autoritativer Weise Rechtswirkungen an ihn knüpft, sondern indem es bei dem Vorliegen einer Willenserklärung die Rechtswirkungen an sie knüpft, die ihrem Inhalt entsprechen.

Damit entsteht, zwar zum Zweck der Feststellung von Rechtsfolgen, doch logisch davon unterschieden, die Frage: Was ist Inhalt einer Willenserklärung?, die Frage der Auslegung. Die Auslegung erbringt die Antwort darauf, indem sie in eine Analyse der Willenserklärung eintritt, und den ihr innewohnenden objektiven Sinn ermittelt in Form einer einfachen Willensnorm, d. h. eines auf Veränderung der Aussenwelt gerichteten Gedankeninhalts als Ausdruck eines Willens.

Obgleich also als Ausdruck eines Willens die Willenserklärung erheblich ist, und obgleich der Wille nur als der Wille eines Subjekts, als dessen Denken, d. h. ein psychologischer Wille in Betracht kommen kann, sind wir dennoch imstande und auch genötigt, den Ausdruck dieses Willens von diesem selbst loszulösen als etwas selbständig Gewordenes, Objektives, und

von ihm auszusagen, dass er einen bestimmten objektiven Sinn hat, der ev. in Gegensatz stehen kann zu dem vom Subjekt gewollten Sinn der Erklärung [1]). Diesen objektiven Sinn der Erklärung allein sucht die Auslegung. Er allein kann auch zur Begründung von Rechtswirkungen erheblich werden.

Denn obgleich es im Wesen der Willenserklärung schon dem Wortlaut nach liegt, dass allein um des menschlichen Wollens und seiner Ziele willen ihr Rechtswirkungen vom Gesetz beigelegt werden, so liegt doch juristisch der Accent auf dem was als gewollt erklärt ist. Es ist heute allgemein als eine wissenschaftliche Tatsache anerkannt, dass das psychologische Wollen, der innere Wille allein nicht fähig ist, Rechtsfolgen, seinem Inhalt entsprechende subjektive Rechte aus sich zu entlassen, sondern dass lediglich der nach aussen geoffenbarte Wille, der objektivierte, geäusserte, erklärte Wille dazu imstande ist, m. a. W. die Willenserklärung. Dass hingegen der innere Wille, soweit er subjektiv, d. h. innerlich geblieben ist, überhaupt rechtlich unerheblich ist, zur Begründung von Rechten, und lediglich da erheblich wird, wo es sich um die Beseitigung einmal entstandener Rechtswirkungen handelt, so insbesondere bei der Anfechtung wegen Irrtums, Betrugs und Drohung [2]).

Der innere Grund für diese Erscheinung liegt darin, dass so sehr auch die Willenserklärung vom Gesetz dem gewöhnlichen Tatbestand gegenüber gehoben und gleichsam bevorzugt wird, sie dennoch Tatbestand bleibt, und nur als Tatbestand rechtlich

---

1) Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekt. 8. Aufl. S. 339.

2) Vgl. Danz a. a. O. S. 21.

erheblich sein kann, d. h. als ein Komplex äusserer erkennbarer objektiv gegebener Verhältnisse und Vorgänge; nur das in die Aussenwelt Getretene kann vom Gesetz mit rechtlicher Wirksamkeit ausgestattet werden. So fordert es der jedem Gesetz zu Grunde liegende rechtspolitische Zweck der Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit.

Als klarstes und deutlichstes Beispiel für diese juristische Tatsache diene die in fast allen Gesetzgebungen ausgesprochene Unerheblichkeit der Mentalreservation (§ 116 B.G.B.), ferner im B.G.B. die Wirksamkeit einer irrtümlich abgegebenen, d. h. in Wahrheit dem inneren Willen nicht entsprechenden Willenserklärung (§ 119 B.G.B.), die erst durch einen positiven Akt, die Anfechtung, rückgängig gemacht werden kann, nicht aber nichtig ist, wie allerdings der I. Entwurf vorgesehen hatte[1]).

Es kann heute, insbesondere durch die Schriften von Bülow, Schlossmann, Isay u. a. die Willenstheorie zu Gunsten der Erklärungstheorie im obigen Sinn als nahezu beseitigt gelten. Allein eine auf der Erklärungstheorie fussende Gesetzgebung und vor allem Rechtsprechung liefert die notwendigsten Bedingungen nnd Grundlagen des Rechtsstaats und Rechtslebens: nämlich Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit.

Keineswegs führt nun, wie es auf den ersten Blick scheinen könnte, diese Theorie zu einer oberflächlichen oder starren Beurteilung der Willenserklärung, zu einer Veräusserlichung der richterlichen auslegenden Tätigkeit im Prozess insbesondere, wenig-

1) Vgl. Danz, a. a. O. S. 16/17.

stens nicht in der jetzt allgemein an Boden gewinnenden Form, der sogen. Vertrauenstheorie [1]). Nicht lediglich die gesprochenen Worte, die gebrauchten Zeichen begründen die rechtliche Veränderung, sondern als Erklärung ist anzusehen die Totalität der bei Abgabe der Erklärung vorhandenen beiden Teilen des Rechtsgeschäfts erkennbaren Umstände [2]).

Die Willenserklärung in diesem Sinn ist Gegenstand der Auslegung, ihre Aufgabe, diese Erklärung in ihrer Totalität in dem eben besagten Sinn, in ihrer häufig gegebenen Kompliziertheit, Undurchsichtigkeit, Verschleierung auf eine einheitliche klare Form, die Form einer einfachen Willensnorm zu bringen.

In der Praxis führt das eben bekämpfte Willensdogma zu Beweiserhebungen über den inneren Willen der Parteien [3]). Daher ist die Auslegung vor allem zu scheiden vom Beweis [4]).

Beweisen heisst im juristischen (engeren) [5]) Sinn, die Wirklichkeit, das Existieren oder Existierthaben von Etwas — demnach eine Tatsache dartun. Daher ist Gegenstand des Beweises unter Anderem die Tatsache der abgegebenen Willenserklärung, die Tatsache der dabei vorhanden gewesenen Umstände, die beide, nur in anderer, nicht tatsächlicher Hinsicht, auch Gegenstand der Auslegung sind. Dagegen sogen. innere Tatsachen, wie der vorhanden gewesene sub-

---

1) Isay die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts 1899 S. 23.

2) Vgl. Danz a. a. O. S. 13, 14, 37, 68. Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts I., S. 268.

3) Vgl. Danz a. a. O. S. 19.

4) Vgl. Danz a. a. O. S. 31 ff.

5) Vgl. Heusler, Arch. f. z. Pr. 62 S. 217.

jektive Wille, die Absichten, die Gedanken der Parteien, der innere Wille, können Gegenstand des Beweises sein, nicht aber der Auslegung. Beide, Auslegung und Beweis, dienen der Feststellung des nach dem Gesetz rechtsbegründenden Tatbestandes, doch in verschiedener Hinsicht. Nachdem die Herbeischaffung des Tatsachenmaterials in seiner Totalität und Kompliziertheit, und die Darlegung seiner Wirklichkeit, seines Existierens oder Existierthabens beendet ist, ist keineswegs damit allein auch schon der Sinn und Inhalt dieses Materials gegeben. Ihn zu erforschen, d. h. die als tatsächlich erwiesenen Umstände auf die Form einer Willensnorm zu bringen, ist Aufgabe der Auslegung.

Mit dieser Verschiedenheit vom Beweis hängt auch zusammen, dass die Auslegung im Prozess ausschliesslich Sache des Richters ist, nicht der Parteien, wie der Beweis [1]). Freilich können die Parteien sich einigen, dass gewisse Worte ihres Vertrags einen gewissen Sinn haben sollen. Doch ist das nur formell Auslegung, materiell ist es Erklärung und damit Gegenstand der Auslegung. Teil der auszulegenden, in ihrer Totalität die Erklärung bildenden Umstände [2]). Wenn damit behauptet wird, nur Tatsachen im engeren Sinn des Existierens und Existierthabens seien Beweisgegenstand, so scheint dem zu widersprechen, dass zur Feststellung der Bedeutung von Worten, Üsancen, Gebräuchen, Zeichen der Sachverständigenbeweis herangezogen wird. Doch ändert diese Bezeichnung nichts an dem Wesen der Dinge. Der Sachverstän-

---

1) Vgl. Danz a. a. O. S. 36.

2) Vgl. Danz a. a. O. S. 57, 59, 62.

dige ist eben in solchen Fällen weniger Beweismittel, als Gehilfe des Richters, der ihn in seiner auslegenden Tätigkeit unterstützt. Daher gehört die Auslegung auch nicht zur Tatfrage im Prozess und ist, wie Stein nachweist, der Beurteilung der Revisionsinstanz nicht entzogen[1]).

Aus der Unterscheidung zwischen Auslegung und Beweis ergibt sich, dass eine gesetzliche Bestimmung über die Auslegung nie die Form einer Vermutung annehmen kann. Denn Vermutung im technischen Sinn kann sich nur beziehen auf einen Beweisgegenstand. Der Inhalt einer Willenserklärung jedoch ist nicht Gegenstand des Beweises, daher auch nicht der Vermutung.

Den Inhalt der Willenserklärung vermittelt die Auslegung. Das heisst: den dem als Willenserklärung anzusehenden Gesamttatbestand innewohnenden Inhalt. Daher ist die auslegende Tätigkeit eine rein analytische. Diese Erkenntnis müssen wir festhalten, um einer in der Lehre vom Geschäftsinhalt, wie von der Auslegung speziell verhängnisvoll gewordenen Zweideutigkeit zu entgehen. Wenn wir von dem Inhalt eines Vertrags z. B. sprechen, so kann damit zweierlei gemeint sein. Einmal der Inhalt der den Vertrag bildenden übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien, zum andern aber der Inbegriff von subjektiven Rechten und Verbindlichkeiten, die nach dem Gesetz zufolge der Parteierklärungen eingetreten sind. Dort handelte es sich um den Inhalt von Erklärungen, hier um den Inhalt eines Rechtsverhältnisses. Dort um die Ursache,

1) Vgl. Stein, Das private Wissen des Richters, 1899, S. 132, 133

hier um die Wirkung. Nur ein Inhalt der ersten Art kann Gegenstand der Auslegung sein. Die subjektiven Rechte und Verbindlichkeiten, also die Rechtsfolgen kann die Auslegung nicht feststellen. Dazu bedarf es der Synthese des durch Auslegung gewonnenen Inhalts mit dem Gesetz, genauer mit dem gesetzlichen Tatbestand. Erst daran knüpft sich die Feststellung der Rechtsfolgen, indem der im Gesetz in abstracto vorgesehene Schluss in concreto für anwendbar erklärt und vollzogen wird. Erst aus dem Gesetz ergeben sich die Rechtsfolgen, der Inhalt des Rechtsverhältnisses.

Damit stellen wir uns auf den Boden der sogen. Gesetzestheorie[1]) (im Gegensatz zu der Willenstheorie in einem andern weitergehenden und prinzipielleren Sinn als oben). Die Willenstheorie lehrt, dass aus den Willenserklärungen der Privaten selbst die ihnen entsprechenden Rechtsfolgen entstehen: zwei Menschen, die sich in einem fernen unbekannten Land begegnen, schliessen einen Vertrag miteinander; kein Gesetz irgend eines Staates soll Anwendung finden können, und dennoch sei ein Schuldverhältnis entstanden — der wahre richtige Inhalt dieser naturrechtlichen Anschauung ist der, dass eine Verbindlichkeit entstanden ist, und der, welcher sich verpflichtet hat, kein Geschenk macht, wenn er seiner Verpflichtung nachkommt. Eine Rechtsverbindlichkeit ist nicht entstanden; denn nur im Rechtsstaat ist die Verbindlichkeit, die ich eingehe, eine Rechtsverbind-

1) Vgl. hiefür Brinz, Pandekten, I. Aufl., S. 312. Ihm folgend Lotmar über causa 1875; ferner Thon: Rechtsnorm, 1878 Abschn. VIII Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft 1879; Pernice, Grünhuts Z. VII S. 465 ff.

lichkeit. Der Staat erst verleiht den Geschäften des Lebens Rechtsverbindlichkeit, Rechtscharakter. Daher treten auch alle Rechtsfolgen, die sich an die Willenserklärungen der Privaten knüpfen, nicht aus deren eigener Souveränität ein; noch weniger können diese wo sie z. B. eine andere Rechtswirkung untereinander vereinbaren, als die vom Gesetz vorgesehene, das Gesetz ausser Kraft setzten, kommt ihrer Willenserklärung eine abändernde, derogative Wirkung zu gegenüber dem Gesetz, sondern in allen Fällen ist es das Gesetz, das Rechtswirkung hervorbringt. Auch da, wo der Parteiabrede die Kraft zukommt, aus sich eigene Rechtswirkungen zu entlassen, treten diese ein kraft der Anerkenntnis und Wirksamerklärung des Gesetzes.

Die blosse Auslegung des Parteiwillens kann daher niemals Rechtsfolgen aussprechen, sondern es bedarf dazu der Verknüpfung der durch Auslegung klar gestellten Parteierklärung mit dem gesetzlichen Tatbestand; also der Subsumtion.

Daher darf die oben gezogene Unterscheidung zwischen Auslegung und Beweis niemals soweit übertrieben werden, dass sie zur Identifizierung von Auslegung und Subsumtion führt. Subsumtion ist das Urteil, Feststellung der Rechtsfolgen, während die Auslegung, die Feststellung des Inhalts der Parteierklärung, dem Urteil vorhergeht.

Dieser Unterschied wird in der Literatur wenig berücksichtigt; bei Danz ist Auslegung schlechthin Feststellung der Rechtsfolgen.[1]) Eine Anerkennung

---

1) Vgl. Danz a. a. O. S. 53.

des Unterschiedes findet sich bei Stein[1]), der zwar im allgemeinen Auslegung und Subsumtion identifiziert, gelegentlich jedoch deutlich scheidet „die Bestimmung der Rechtswirkung der Erklärung" und „die Feststellung ihres Inhalts". Auch in Stammlers[2]) Ausführungen ist die fragliche Unterscheidung zu finden. Er spricht von „dem Suchen nach dem subjektiv gewollten Inhalt", d. h. so viel, als nach dem Inhalt des subjektiv gegebenen Tatbestands, und setzt dem entgegen „das Suchen nach dem objektiv begründeten Rechtsinhalt", was sich wohl deckt mit der Feststellung der Rechtsfolgen.

Aus der Verkennung dieses Unterschieds zwischen dem Inhalt der Willenserklärung und dem des Rechtsverhältnisses, also den Rechtsfolgen jenes Inhalts, ergibt sich eine doppelte Möglichkeit falscher Begriffsbestimmung der Auslegung. Entweder man wird kurzweg in der Auslegung die Feststellung der Rechtsfolgen erblicken, annehmen, dass mit der Feststellung des Inhalts der Erklärung auch ihre Rechtsfolgen bereits feststünden — offenbar in Konsequenz der oben bekämpften Willenstheorie. Wenn z. B. Danz unter Auslegung schlechthin „Feststellung der Rechtsfolgen" versteht, so liegt es nahe, dass er dies auf Grund dieses Standpunktes der Willenstheorie tut. Immerhin ist dies nur scheinbar der Fall, der Schein dieser Tatsache wird erweckt durch die mangelnde Konsequenz der betreffenden Ausführungen. Danz steht dem Wesen seiner Ausführungen nach wohl auf dem andern Standpunkt. Dieser, logisch das ex-

---

1) Vgl. Stein, a. a. O. S. 132.

2) Vgl. Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, S. 509.

treme Gegenteil des Vorigen, berührt sich mit demselben dennoch nahe. Derselbe, der nahezu als der Standpunkt der herrschenden Lehre angesprochen werden kann, geht dahin, dass juristische Auslegung begrifflich eine Ergänzung[1]) der Willenserklärung, in sich schliesse. Ergänzung des unvollkommen geäusserten Parteiwillens ist aber stets Festsetzung von Rechtsfolgen. Damit räumt man aber unzweifelhaft der Auslegung die Funktion der Subsumtion ein und setzt sich in Widerspruch mit der eben aufgestellten Forderung.

Diesen Standpunkt, der in der Auslegung Ergänzung der Willenserklärung sieht, nimmt vor allem Leonhardt[2]) ein. Er erkennt als juristische Auslegung nur an eine ergänzende, muss aber den logischen Unterschied zwischen Ergänzung und Auslegung der Willenserklärung doch zugestehen, indem er von der juristischen Auslegung in seinem Sinn die Auslegung im Sinn und Sprachgebrauche des gewöhnlichen Volkes unterscheidet, die allerdings rein analytisch sei. Warum diesen klaren durch den Sprachgebrauch gebotenen Sinn der Auslegung als etwas Minderwertiges verwerfen, und dem Juristen vorschreiben, Auslegung und Ergänzung der Willenserklärung zu identifizieren? Der Grund, den Leonhard angibt, dass in der römischen Jurisprudenz der Unterschied noch nicht klar herausgearbeitet gewesen sei, dass interpretatio beide Bedeutungen trage[3]) ist, selbst jene Tatsache zugegeben, nicht stichhaltig.

---

1) Danz a. a. O. S. 68, 85.

2) Leonhard, Der allg. Teil des B.G.B. in seinem Einfluss auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft.

3) Vgl. Leonhard a. a. O. S 347.

Wo logische Unterschiede vorhanden sind, dürfen dieselben in der Terminologie nicht verwischt werden, am wenigsten da, wo sich aus solcher Verwischung Konsequenzen prinzipieller Art ergeben sollen, wie hier bei der Frage analytischer oder ergänzender Auslegung. Daher ist auch jene Terminologie, die von einer doppelten Funktion der Auslegung, in einem engeren und weiteren Sinn, spricht, zurückzuweisen. Diesen Standpunkt Leonhards nehmen ein ausser dem schon erwähnten Danz u. a. Wedemeyer [1]) und Ehrlich [2]). Am präzisesten sind unter den Ausführungen zu dieser Frage die Hölders. Auch er leugnet die in Frage stehende Unterscheidung und begründet seine Ansicht damit, dass einer Willenserklärung nur der Inhalt zukomme, der ihr von Gesetzes wegen zukommt [3]). Daher gibt es keine Auslegung, die zu einem dem Inhalt des Gesetzes widersprechenden Inhalt führen könnte, d. h. das materielle subsidiäre Recht ist für die Auslegung massgebend. Damit begibt sich Hölder auf den Boden der Fiktion. Ein Geschäft, eine Erklärung, hat einen bestimmten Inhalt, d. h. es wohnt ihr als Erklärung ein solcher inne, und zwar bevor es erwiesen ist, was für Rechtsfolgen dieser Inhalt hat, ja ob er überhaupt welche hat. Das Gesetz ändert nichts an diesem einmal als tatsächlich und natürlich gegebenen Inhalt. Dieser ist Gegenstand der Auslegung. Von dem Gesetz hängen lediglich die Rechts-

---

1) Vgl. Wedemeyer, Auslegung und Irrtum Marburger Diss. 1902, S. 4-5.

2) Ehrlich, Das zwingende u. nichtzwingende Recht im B G.B., Fischers Abhandlungen, Jena 1899.

3) Vgl. Hölder, Komm. z. B.G.B. S. 32.

folgen ab, die Frage, ob an jenen natürlich gegebenen Inhalt sich rechtliche Folgen knüpfen. Zu sagen, dass eine Erklärung überhaupt keinen Inhalt habe, bevor das Gesetz einen solchen ausspreche, ist eine Uebertreibung der Gesetzestheorie; der Standpunkt aber dass das der gewollte eigentliche Inhalt sei, was das Gesetz festsetzt, ist als Fiktion zu kennzeichnen. Der tatsächliche, natürliche, allerdings keineswegs schon immer durch das vorliegende Tatsachenmaterial selbst klar gegebene Inhalt der Willenserklärung ist also durch die Auslegung zu ermitteln; die dem als Erklärung aufzufassenden Totaltatbestand häufig nur latent innewohnende erst zu ermittelnde Willensnorm der Partei.

Wenn damit gesagt ist, dass als Erklärung ein gewisser Gesamttatbestand aufzufassen sei, die Totalität der bei Abgabe der Erklärung erkennbaren Umstände, so liegt darin einmal die Ueberzeugung, dass nicht ein Wort für sich allein einen unzweideutigen Sinn ergibt, sondern dieser stets abhängig ist von den Umständen des Falles, unter denen es gesprochen, und sich daher ändert mit jeder Veränderung dieser Umstände. Ein anderes Moment aber liegt in der geforderten Erkennbarkeit dieser Umstände. Darin liegt die Forderung, die Momente zu berücksichtigen, nach denen im allgemeinen eine Willenserklärung beurteilt werden, aufgefasst werden muss, nämlich den allgemeinen Sprachgebrauch und die Verkehrssitte Beide bilden die wichtigsten Mittel zur Auslegung.

Wir hatten gezeigt, dass wir nicht nach dem positiven materiellen Recht die Auslegung orientieren dürfen, da ihr analytischer Charakter damit zerstört würde. Der gleichen Gefahr scheinen wir zu ver-

fallen, indem wir die Verkehrssitte als Auslegungsmittel heranziehen; wird doch oft genug betont, wie nahe ihre Verwandtschaft mit dem Recht, insbesondere dem Gewohnheitsrecht, wie unmerklich der Uebergang ist. Wenn wir sagten, es dürfe an dem analytischen Charakter der Auslegung nichts geändert werden, so hiess das: Es dürfen nicht ausserhalb der Erklärung liegende Elemente zu ihrer Auslegung herangezogen werden, vielmehr nur solche Faktoren, die als Mittel und Elemente der Erklärung selbst in Betracht kommen. Das aber sind die Verkehrssitte, und ihr wichtigster Bestandteil, der allgemeine Sprachgebrauch. Die Verkehrssitte ist Auslegungsmittel, nicht weil subjektives Erklärungsmittel, sondern weil sie erst der Erklärung einen objektiven Sinn verleiht. Die Erklärung muss angesehen werden als verselbständigte Mitteilung und Trägerin eines objektiven Gedankeninhalts (vgl. oben), losgelöst von dem Erklärungssubjekt und dessen Gedanken hat sie einen objektiven Inhalt kraft der Verkehrssitte und des Sprachgebrauchs. Deshalb entspricht es dem Wesen der Auslegung, die zur Erklärung verwandten Mittel auch zur Auslegung zu benützen, ohne dass dadurch die Erklärung anders als aus sich selbst, anders als analytisch ausgelegt würde. Daher hat Danz[1]) recht, wenn er als Mittel der Auslegung nicht juristische Technik, Gesetzeskunde, juristische Routine bezeichnet, sondern Laienverstand, Kenntnis und Verständnis des Lebens, Bekanntschaft mit seinen Erfahrungssätzen, Gebräuchen und Üblichkeiten. Daher vermag auch bei dieser Tätigkeit der Sachverständige

1) Vgl. Danz a. a. O. S. 105 und derselbe: Laienverstand und Rechtsprechung in Jherings Jhrb. XXXVIII S. 466.

den auslegenden Richter zu unterstützen, und ihm wesentliche, oft unentbehrliche Dienste zu leisten.

Aus alledem ergibt sich, welcher Art, welches Charakters die Gesetzesvorschriften sein müssen, die sich auf Auslegung beziehen. Dem Wesen der Auslegung als der auf Ermittlung des Inhalts der konkreten Parteierklärung gerichteten Tätigkeit entsprechend, müssen sie notwendig formaler Art sein — formelles Recht. Wir verstehen unter formellem Recht die Sätze des objektiven Rechts, denen nicht Rechte im subjektiven Sinn entsprechen; die nicht subjektive Befugnisse und Verpflichtungen der Privatpersonen aus sich entlassen, sondern nur indirekt der Verwirklichung dieser selbst dienen, direkt nur der Ermöglichung des Rechtslebens überhaupt und der Anwendung und Durchführung des Rechts im allgemeinen, also technische Elemente im Gesetze bilden. Solcher Art ist das Wesen der Auslegung, also notwendig auch der auf Auslegung bezüglichen Gesetzesvorschriften, da diese sich mit jenen in Übereinstimmung befinden müssen.

Gerade in den Fällen, wo die Auslegung zur Anwendung kommt und kommen soll, soll ja die konkrete Parteibestimmung ausschlaggebend sein. Sie soll durch die Auslegung gefunden werden. Daher kann nie eine Gesetzesbestimmung, die materielle Rechtsfolgen festsetzt, sei es in zwingender Weise oder nur als subsidiäres Recht, als „Auslegungsregel" bezeichnet oder mit Auslegung in Beziehung gebracht werden. Es wäre eine Fiktion, den Inhalt einer materiellen Gesetzesbestimmung als Parteiwillen in einem konkreten Fall zu bezeichnen, selbst wenn inhaltlich diese Regelung des Gesetzes übereinstimmen sollte mit der regelmässig durch die Parteien getroffenen.

Damit steht im Zusammenhang, dass die Auslegungsvorschriften allgemeiner Art sein müssen. Eine Auslegungsregel kann sich ihrem Wesen nach nie auf einen konkreten Fall beschränken; die konkreten Detailbestimmungen des Rechts sind materieller Art, eine formelle Auslegungsvorschrift aber, die sich nur für einen bestimmten Fall im Gesetz vorgeschrieben fände, müsste durch Analogie auf alle übrigen Fälle der Auslegung ausdehnend angewendet werden. So lehrt auch die herrschende Meinung, dass § 157 B.G.B. sich nicht nur, wie sein Wortlaut, auf Verträge beziehe, sondern auch auf einseitige Willenserklärungen Anwendung finde.

Ihrer formellen Natur entsprechend, wenden sich die Auslegungsregeln an den Richter im Prozess; an die Parteien nur indirekt, sofern diese von der richterlichen Auslegung abhängig sind.

Endlich müssen die Vorschriften bezüglich der Auslegung zwingender Natur sein, in dem Sinn, dass der Richter in jedem Fall, wo es sich um Auslegung handelt, sich notwendig nach ihnen richten muss, in allen Fällen an sie gebunden ist.

Über das Wesen der Auslegung und der Auslegungsregeln sagt Stammler[1]) zutreffend, allerdings nur speziell bezüglich der allgemeinen positiven Auslegungsregeln des gemeinen Rechts: „Die Auslegung ist eine Kunst, die nicht theoretisch gelehrt, deren Ergebnisse auch nirgends allgemein vorweg genommen werden können. Als Kunst will sie geübt sein, nur in concreto kann sie ausgeübt werden.“ Das muss aber nicht nur gegen die sogen. allgemeinen positiven

1) Garantievertrag, Arch. f. c. Pr. Bd. 69 S. 29.

Auslegungsregeln vorgebracht werden, sondern gegen jede positive, d. h. materielle gesetzliche Auslegungsregel. Denn jedes Gesetz gilt für die Gesamtheit der Fälle, die es umfasst, und ist somit allgemeiner Natur; daher auch die sogen. speziellen gesetzlichen Auslegungsregeln. Denn auch sie würden „die Ergebnisse allgemein vorweg nehmen" für die Gesamtheit der von ihnen berührten Fälle. Das Wesen der Auslegung aber und damit ihre charakteristische spezielle Forderung besteht in eingehendster Individualisierung des konkreten Falles. Die konkrete Erklärung der Parteien soll ganz erfasst werden in ihrem gerade ihr charakteristischen, eigentümlichen, durch ihre Individualität bedingten Wesen, mit all den gerade ihr eigenen Umständen und Nebenumständen. Es ist klar, dass wo dieser konkrete der Erklärung innewohnende Sinn erforscht werden soll, jede materielle allgemeine Bestimmung nicht nur „mechanisierend, schablonisierend" wirken würde [1]), sondern überhaupt mit dem Wesen der Auslegung sich in Widerspruch befände.

Daher sind die meist als „Auslegungsregeln im engeren Sinne" bezeichneten Bestimmungen des B.G.B. §§ 133, 157, die einzigen Auslegungsregeln, die es enthält, und daran ändert auch nichts, dass das B.G.B. selbst in § 186 gewisse Bestimmungen des ergänzenden Rechts als „Auslegungsvorschriften" bezeichnet. Nur die genannten Vorschriften lassen sich als mit den für das Wesen der Auslegung notwendigen Bedingungen in Übereinstimmung befindlich nachweisen. Wenn Hölder über sie sagt [2]), dass sie

1) Stammler. Der Garantievertrag a. a. O. S. 30.

2) Vgl. Hölder, Komm. z. B.G.B. zu § 186.

eigentlich aus dem Wesen und Begriff der Auslegung folgen, so ist dies keine ihnen zufällig anhaftende Eigenschaft, sondern als Auslegungsregeln können sie keinen anderen Charakter haben als den, der aus dem Begriff der Auslegung selbst folgt. Daher bestimmt § 133 nichts anderes, als dass nicht äusserlich, nicht buchstabenmässig, sondern sinngemäss auszulegen sei; denn eine buchstabenmässige Auslegung, die den Sinn vergewaltigte, wäre eben keine Auslegung; d. h. keine Erforschung des Sinnes und des wahren inneren Gehaltes der Erklärung. Über § 157 B.G.B., betreff dessen die Ansichten weit auseinander gehen, ist vor allem zu bemerken, dass er nicht sagt, was im einzelnen Fall als materielles Recht gelten solle, nicht Rechtsfolgen festsetzt: er würde sich damit nahezu decken mit dem ein ähnliches Gebiet umfassenden § 242 und neben diesem fast überflüssig sein. Vielmehr ermahnt er den Richter, ähnlich wie § 133, zu einer Auslegung, die nicht ausgeht von doktrinären, theoretischen Gesichtspunkten, sondern von der Auffassung, die eine Erklärung betrachtet unter dem Gesichtspunkt des Lebens, unter dem der Billigkeit und dem Standpunkt von Treu und Glauben. Dem würde es vor allem widersprechen, wenn mit Hilfe richterlicher Auslegung eine Partei die Erklärung der anderen, die zwar dem Sinn nach unzweifelhaft, dem Wortlaut nach aber nicht einwandfrei ist, rücksichtslos ausbeuten könnte, und aus einer lediglich äusserlichen Ungenauigkeit des Wortlautes entgegen dem klaren Sinn der gesamten Erklärung für sich Vorteile ziehen dürfte. Stammler's[1]) Auffassung des § 157

1) Stammler, Recht des Schuldverh. S. 36.

„als einer Norm, die abgesehen von speziellen Festsetzungen die Parteinorm im voraus statuiert habe, das für diesen Fall objektiv Richtige angebe", hat ihre Widerlegung gefunden in Hölder's Ausführungen zu § 157 und a. a. O. wo dieser sagt „die speziellen Festsetzungen der Parteien sind aber wesentliche Momente des konkreten Falles. Was sie ergeben ist Hauptbestandteil dessen, was die Besonderheit des konkreten Falles ergibt, und das für diesen objektiv Richtige kann weder dem Inhalt des Rechts, noch dem Inhalt des von Rechts wegen massgebenden Parteiwillens als etwas für sich Bestehendes entgegengesetzt werden. Die Auslegung kann nicht absehen vom Inhalt der Willenserklärung" und weiter „§ 157 verweist gleichfalls auf den für die Auslegung in Gemässheit ihres Begriffs massgebenden Erklärungsinhalt. Denn für jenen hat die Verkehrssitte Bedeutung soweit, als sie Bedeutung hat für diesen, wie auch das Mass des Glaubens, zu dem eine Willenserklärung berechtigt, und der Treue, zu der sie verpflichtet, sich durch ihren Inhalt bestimmt". Nur diese Gesetzesbestimmungen des B.G.B. können also, da allein sie den aufgestellten begrifflichen Erfordernissen der Auslegungsvorschriften entsprechen, als solche angesehen werden. Nur das mit ihrer Hilfe gewonnene Resultat kann als Parteiwille gelten. Dagegen haben alle Bestimmungen des Gesetzes, die in positiv materieller Weise Rechtsfolgen festsetzen, besonders also die gewöhnlich als „besondere" oder „spezielle Auslegungsregeln" bezeichneten Sätze des materiellen Rechts, mit Auslegung begrifflich nichts gemein, sondern sind subsidiäres, ergänzendes Recht.

Kapitel II.

Dispositives und subsidiäres Recht.

I. Begriff des dispositiven Rechts[1]).

Wie die vorangegangenen Ausführungen über die Gesetzestheorie zeigen, kann schon eine Untersuchung, die sich auf das Wesen der Auslegung allein bezieht, nicht einer Auseinandersetzung über das Verhältnis der Willenserklärung zum Gesetz entraten. Dieses Verhältnis soll hier noch Gegenstand eingehender Untersuchung sein, speziell das Verhältnis des materiellen, subjektive Rechte erzeugenden Rechts zur Willenserklärung der Parteien. Im Mittelpunkt der Erörterungen über diese Frage steht der Unterschied, der nach dem Sprachgebrauch der herrschenden Lehre gewöhnlich formuliert wird als der zwischen jus cogens und jus dispositivum. Über letzteren Begriff ist zunächst eine nähere Verständigung erforderlich.

So althergebracht die erwähnte Unterscheidung ist, so ausnahmslos eine Anerkennung derselben ihrem allgemeinen Sinn nach sein mag, so können wir doch nicht hier auf dem Boden und von dem Standpunkt einer durchgreifenden, hinlänglich geklärten und begründeten Theorie aus einfach die Frage zu beantworten suchen: welche Sätze des positiven Rechts haben denn nun den Charakter des jus cogens bezw. dispositivum, sondern wir müssen

---

1) Gegen diese Terminologie Hölder, Pandekten S. 67 und ders. in d. krit. Viertelj.-Schr. VI 1900 S. 479-80.

in eine Analyse des Wesens des objektiven Rechts selbst, und seines Verhältnisses zur Willenserklärung eintreten, um zu klarer Erkenntnis des Wesentlichen, klarer Formulierung der entscheidenden Unterschiede zu gelangen.

Wir sahen oben, dass allein durch's Gesetz die Willenserklärung der Privatpersonen rechtliche Bedeutung erlangt. Bülow erkannte zuerst von dieser prinzipiellen Bedeutung der eben erst in ihrem Wesen zu begründenden Gesetzestheorie aus die wissenschaftliche Tatsache, dass notwendig gesetzliche Normen existieren müssen, in denen diese Wirksamerklärung und Anerkennung des Parteiwillens enthalten und verkörpert ist. Eine Anerkennung anderer Art als bei den übrigen Tatbeständen, bei denen das Gesetz rein äusserlich Rechtswirkungen an ihr Vorhandensein knüpft, indem hier gerade die Rechtswirkungen eintreten sollen, welche dem Inhalt der Willenserklärung gemäss und entsprechend sind. Die Rechtsnormen, welche diese Wirksamerklärung und Anerkennung enthalten [1]), nannte er dispositive Normen. Wenn wir uns auf den Boden dieser Terminologie stellen, so haben wir hiermit dispositives Recht im objektiven Sinn. Fassen wir demgegenüber die Möglichkeit des subjektiven dispositiven Rechts ins Auge, so finden wir, dass dem objektiven dispositiven Recht, der ermächtigenden Bestimmung des Gesetzes, an sich noch nicht der Charakter des materiellen Rechts zukommt in dem engeren Sinne der Fähigkeit, unmittelbar aus sich subjektive Rechte und Pflichten der Parteien zu entlassen. Jedenfalls können hier nicht wie bei den

1) Vgl. Bülow, Arch. f. z. Pr. Bd. 64 S. 39 ff.

Bestimmungen des materiellen Rechts im allgemeinen und für alle Fälle positiv die subjektiven Parteirechte angegeben werden, die sich aus ihm entwickeln. Es bedarf vielmehr zur Entstehung solcher der Ausfüllung eines Blanketts [1]), das gleichsam jede dispositive Norm in diesem Sinn enthält, der Ausfüllung durch die Parteien, die konkrete Willenserklärung. Also nicht lediglich eines Tatbestands, sondern eines solchen Tatbestands, der in sich selbst die Tendenz enthält, Veränderungen im wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Leben hervorzubringen, die vom Standpunkt des Gesetzes aus Rechtsveränderungen sind und durch das Gesetz zu solchen werden. Diese Rechtswirkungen, die eintreten kraft Gesetzes, wie wir sahen, und zwar kraft des anerkennenden oder dispositiven Rechts im objektiven Sinn, doch zugleich auch inhaltlich entsprechend der Willenserklärung der Privatpersonen, müssten als dispositives Recht im subjektiven Sinn bezeichnet werden [2]).

Aus der eben erwähnten Möglichkeit der Anerkennung und Wirksamerklärung des Parteiwillens durch den Gesetzgeber ergeben sich nun folgende mögliche Unterscheidungen:

I. Hinsichtlich des subjektiven Rechts ergibt sich die Möglichkeit, dass die aus dem Gesetz sich für die Parteien ergebenden Rechtsfolgen inhaltlich entsprechen:

---

1) Vgl. Bülow a. a. O. S. 73.

2) Enneccerus: Das Rechtsgeschäft S. 145-7, braucht dafür den kurzen aber an sich nicht unzweideutigen Ausdruck Willenswirkung im Gegensatz zur Gesetzeswirkung, wobei man letztere, sofern man sie zu ersterer in Gegensatz bringen will, in einem engeren Sinn nehmen muss, da im weiteren Sinn jede eintretende Rechtsfolge Gesetzeswirkung ist.

1. Positiver Regelung im materiellen Recht (und zwar zwingender oder nicht zwingender), oder

2. dem ausgesprochenen Parteiwillen, kraft objektiven dispositiven Rechtssatzes;

II. Hinsichtlich des objektiven und zwar materiellen, d. h. subjektive Rechtsfolgen selbst normierenden und festsetzenden Rechts

1. die Möglichkeit, dass diese Regelung die Parteiabrede ausschliesst (jus cogens, absolutum),

2. die Möglichkeit, dass die im Gesetz getroffene positive materielle Regelung die Parteierklärung anerkennt, also nur für den Fall einer fehlenden Parteierklärung Platz greift: subsidiäres, ergänzendes Recht.

Der dispositive, ermächtigende Rechtssatz ist also begrifflich unterschieden von dem subsidiären Rechtssatz, der eben eine gesetzliche materielle Regelung darstellt, direkt subjektive Rechte aus sich entlässt. Zwar enthält das subsidiäre Recht, abgesehen von dieser materiellen Regelung, stets logisch in sich die Anerkennung des Parteiwillens und somit den dispositiven Rechtssatz — darin besteht eben seine Subsidiarität — doch ist es mit diesem nicht identisch. Dies zeigt sich am klarsten darin, dass, wie allgemein anerkannt wird, es dispositive Rechtssätze gibt, die nicht im subsidiären Recht enthalten sind, denen keine subsidiäre materielle Regelung vom Gesetz beigegeben ist [1]).

Indem wir dämit das dispositive Recht vom ergänzenden Recht prinzipiell scheiden, folgen wir nächst Bülow dem Vorgehen Stammler's, dessen

1) Vgl. Bülow a. a. O. S. 71.

Dreiteilung in zwingende, ergänzende und dispositive Normen jedoch als logisch undurchführbar bezeichnet werden muss [1]). Denn nicht als etwas Gleichartiges, logisch auf gleicher Stufe Stehendes, sondern in völlig anderem Sinn, als das subsidiäre materielle Recht, ist nach dem, was wir eben sahen, der dispositive Rechtssatz dem absoluten, zwingenden entgegenzustellen.

II. Begriff des subsidiären Rechts [2]).

Der Terminus „subsidiäres Recht" wird zunächst in der Literatur gebraucht in dem allgemeinen Sinne, als zur Bezeichnung von Rechtssätzen dienend, die nur „aushilfsweise" zur Anwendung kommen, d. h. negativ bedingt, bedingt durch das Nichtvorliegen gewisser Momente. Absolutes Recht in dem Sinne eines schlechthin unbedingt zur Anwendung kommenden gibt es im materiellen Sinn überhaupt nicht, da jede derartige Gesetzesbestimmung zur Bedingung ihrer Anwendung das Vorliegen eines Tatbestands hat, und insofern durch diesen stets (positiv) bedingt ist. Die subsidiären Rechtssätze sind jedoch nicht nur positiv bedingt in diesem Sinn, sondern des weiteren noch negativ bedingt durch das Nichtvorliegen anderer primärer Momente. So sehen wir subsidiäre Bestimmungen da, wo eine allgemeine Regelung für gewisse Fälle ausgeschlossen wird durch eine spezielle:

---

1) Vgl. Stammler, Der Garantievertrag Arch. f. z. Pr. Bd. 69 S. 13 ff.

2) Ueber Begriff und Terminologie vgl. u. a. Dernburg Pandekten, I S. 71 und Windscheid Pandekten S. 106; insbes. Hölder Komm. z. B.G.B. pg. 30.

sie ist im Verhältnis zu ihr subsidiär. Hier soll nur von subsidiärem Recht in dem engeren, prägnanten Sinn der materiellen Rechtssätze die Rede sein, die einer Parteierklärung gegenüber subsidiär sind, ihr gegenüber negativ bedingt, d. h. bedingt durch das Nichtvorliegen einer Parteiwillenserklärung. Den Begriff des subsidiären Rechts in diesem Sinne finden wir durch zwei Momente in eindeutiger Weise bestimmt und klargestellt. Durch die in ihm enthaltene Anerkennung der Wirksamkeit der Parteierklärung, die seinen subsidiären Charakter ausmacht, und ferner durch seine Eigenschaft als positive materielle gesetzliche Regelung, welch letztere Eigenschaft das subsidiäre Recht mit dem absoluten Recht teilt. Eindeutig bestimmt, sagten wir, d h. vor allem auch in seiner praktischen Anwendbarkeit, in seinem Verhältnis, zur Parteierklärung, völlig eindeutig und einheitlicher Art. Daher kann es innerhalb des subsidiären Rechtes nicht Sätze geben, denen dieser Charakter der Subsidiarität in höherem oder geringerem Masse zukäme als anderen; die der Willenserklärung gegenüber eine mehr oder minder subsidiäre Stellung einnehmen, wie Hölder dies behauptet [1]). Es scheint dies rein logisch unmöglich zu sein, und der dargelegten Eindeutigkeit und Einheitlichkeit des subsidiären Rechts zu widersprechen. Denn das Wesen der Subsidiarität liegt zu Folge der primären Anerkennung des Parteiwillens durchs Gesetz in dem Zurückweichen der subsidiären materiellen gesetzlichen Regelung gegenüber dem Vorliegen eines erklärten Parteiwillens.

1) Vgl. Hölder, Krit. Viertelj.- Schr. VI S. 487 ff. Komm. z. B.G.B. S. 31.

Da nur eine Willenserklärung entweder wichtig oder nicht, ein Drittes, etwa stärkeres oder schwächeres Wirken einer solchen logisch ausgeschlossen ist, ist auch der davon abhängige Begriff der Subsidiarität nicht ein solcher, der verschiedene Grade und Arten seiner Intensität zuläßt.

Wenn wir demnach eine Einteilung und Systematisierung des subsidiären Rechts versuchen, so darf diese diesem einheitlichen Charakter keinen Abbruch tun, und muß nach anderen Gesichtspunkten erfolgen, als denen der Subsidiarität, die gerade von allem in Betracht kommenden Bestimmungen, und zwar in gleicher Weise, ausgesagt werden muß. Die Gesichtspunkte, nach denen wir das nach außen völlig einheitliche und einheitlich wirkende subsidiäre Recht im Innern gruppieren können, entnehmen wir lediglich den rechtspolitischen Tendenzen, die den einzelnen Bestimmungen zugrunde liegen. Das Mittel, das subsidiäre Recht, ist überall das gleiche, doch dient es verschiedenen Zwecken.

Das Wesen des subsidiären Rechts ist also seinem Begriff nach einheitlich. Die Masse der konkreten subsidiären Rechtssätze jedoch vermögen wir einzuteilen und zu untergliedern. Wenn wir das nach den rechtspolitischen Zwecken und Tendenzen tun, denen sie dienen, so versuchen wir damit nicht eine logische Unmöglichkeit, wie Hölder sie in solchem Vorgehen fälschlich[1]) erblickt. Eine solche wäre es nur, wenn wir im Begriff und Wesen des subsidiären Rechts Stufen und Arten anerkennen würden.

1) Vgl. Hölder, Kr. V.-Schr. VI S. 497.

Unter den rechtspolitischen Zwecken, die für die Schaffung subsidiären Rechts massgebend waren, müssen an erster Stelle die erwähnt werden, die für jede positive Regelung durch das Gesetz überhaupt massgebend sind. Die Forderung der Rechtssicherheit ist es, die überhaupt zur gesetzlichen Regelung, zur Kodifikation führt. Sie ist im Wesen des Rechts, des Gesetzes begründet. Wo Recht geschaffen werden soll, da handelt es sich an erster Stelle darum, den Zweifel auszuschliessen; überall soll eine sichere Entscheidung aus dem Gesetz entnommen werden können, ein „non liquet" ausgeschlossen werden. In unzweideutiger, einheitlicher, im voraus erkennbarer und bestimmter Weise soll das Rechtsverhältnis im Gesetz geregelt sein. Zuverlässigkeit und Sicherheit sind daher die erste Forderung [1]).

So selbstverständlich und schon im Wesen der Sache liegend diese gesetzespolitische Tendenz katexochen scheinen mag, so verdient sie doch gerade mit Beziehung auf das subsidiäre Recht besonders ausgesprochen und hervorgehoben zu werden. Hier scheint der gesetzgebrische Wille schwächer, unvollkommener zu sein. Indem das Gesetz der Parteiabrede Wirksamkeit verleiht, scheint es selbst auf eine Regelung der Verhältnisse zu verzichten. Nur scheinbar aber! In Wahrheit verhält es sich umgekehrt, hat der Gesetzgeber, indem er aussprach, dass die der Parteierklärung entsprechenden Rechtsfolgen eintreten sollen, selbst bereits die Rechtsfolgen ausgesprochen, geregelt. Doch begnügt er sich damit

---

1) Vgl. Ehrlich, das zwingende und nicht zwingende Recht im B.G.B. in Fischer's Abhandlungen. 1899.

nicht in den meisten Fällen, und nimmt da, wo Parteierklärung nicht in geeigneter Weise vorliegt, noch die Möglichkeit eines Zweifels an. An sich müsste ja auch ohne ergänzende Bestimmung die Entscheidung solcher Fälle aus dem Gesetz sich finden lassen, da eine Kodifikation ihrem Prinzip nach eine lückenlose Einheit bildet. Doch mit besonderem Nachdruck will der Gesetzgeber jeden Zweifel beseitigen und bestimmt lediglich für die Eventualität solchen möglichen Zweifels vorbeugend, was dann Rechtens sein soll. Dies ist der Sinn der im Gesetz so oft wiederkehrenden Worte: „Im Zweifel".

Daher wählt in gewissen Fällen der Gesetzgeber, vor die Alternative gestellt, an einem bestimmten Punkt eines Rechtsverhältnisses die Rechtswirkung a oder b eintreten zu lassen, obwohl er diese Entscheidung prinzipiell und primär den Parteien überlassen hat, doch selbst für den Zweifelsfall die Möglichkeit a oder b aus. Und so fernliegend und gleichgültig ihm möglicherweise die eine oder andere Regelung theoretisch sein könnte, z. B. ob die Parteien Zubehör mitverkaufen oder nicht (§ 314 B.G.B.), so entscheidet sich doch das Gesetz für die eine Möglichkeit, erhebt diese zu der gesetzlichen, und schliesst so ein für alle Mal jeden Zweifel aus.

So mag es bei manchen Bestimmungen des ergänzenden Rechts nicht leicht sein, den inneren Gesetzesgrund zu finden oder aus den Motiven zu entnehmen. Da mag das Gesetz sich damit begnügt haben, überhaupt eine Regelung zu der gesetzlichen Regelung zu erheben. Begreiflicherweise sind diese Fälle nicht allzu häufig, und neben dieser

allgemeinen rechtspolitischen Tendenz geht regelmässig eine grössere oder geringere Zahl von Sonderzwecken nebenher.

Hier können wir uns beschränken auf die für das subsidiäre Recht speziell massgebenden rechtspolitischen Gesichtspunkte. So unabsehbar und mannigfaltig die Menge derselben auch sein mag, so ist eine beherrschende und durchgreifende Unterscheidung doch hier nahezu von selbst gegeben. Nur um das Recht der Rechtsgeschäfte, d. h. das Gebiet der Wirksamkeit der Parteierklärung kann es sich nach der oben gegebenen Definition des subsidiären Rechts handeln. Die Rechtsfolgen, die das Gesetz im einzelnen eintreten lässt, mögen daher entnommen sein dem Kreis der Zwecke, die mit dem Rechtsgeschäft selbst gegeben sind, zu deren Erreichung das Rechtsgeschäft das typische Mittel ist, also kurz ausgedrückt dem Wesen des Rechtsgeschäfts selbst. Oder sie mögen einem anderen Bereich von Zwecken entnommen sein, die ausserhalb jenes Kreises liegen. Also dort rechtspolitische Tendenzen, die innerhalb, hier solche, die ausserhalb des Rechtsgeschäfts ihren Ursprung haben. Letztere sind untereinander auch wieder sehr verschieden. Doch der leitende Gesichtspunkt mag überall der des öffentlichen Interesse sein.

So sehr das Gebiet des Privatrechts dasjenige sein mag, in dem die Privatinteressen geschützt und unterstützt werden sollen, so stark ist doch der Einschlag des öffentlichen Interesses. Ja er ist im Grund, wie wir oben sahen, schon das allgemeine Prinzip. Hier interessiert uns das öffentliche Interesse jedoch nur als das des Staates, des Gemeinwesens, das auf das Wohl aller gerichtet ist, und insofern auch ge-

eignet ist, mit den von den Einzelnen verfolgten Zwecken in Widerspruch zu treten. Daher sind allerdings Bestimmungen mit sozialer Tendenz, solche, die das öffentliche Interesse diktiert hat, meist mit zwingender Kraft ausgestattet. Doch in einer nach der einen Seite nachgiebigen, nach der anderen aber doch doppelt vorsorglichen Weise übernimmt das Gesetz auch da, wo es der Parteiabrede ausdrücklich primär die Entscheidung anheimstellt, für alle Fälle, d. h. subsidiär doch selbst die Regelung und Bestimmung dessen, was sozial, ethisch und wirtschaftlich wünschenswert ist.

In höherem Masse jedoch als die genannten interessieren uns diejenigen subsidiären Rechtssätze, bezw. die Gruppe von subsidiären Rechtssätzen, bei denen der ihnen zugrunde liegende rechtspolitische Zweck sich deckt mit dem wirtschaftlichen Zweck, dem das betreffende Geschäft überhaupt regelmässig dient. Das nämlich sind die meist als „Auslegungsregeln" bezeichneten und als solche dem ergänzenden subsidiären Recht entgegengestellten Bestimmungen des materiellen Rechts. Ihr Wesen soll hier näher bestimmt werden.

Die Kommentare pflegen zu ihrer Erklärung gelegentlich zu bemerken „sie folgen aus dem Wesen, aus dem Begriff des Rechtsgeschäfts". Da nun der „Begriff des Geschäfts" kein aprioristischer, sondern ein empirischer ist [1]), das Geschäft das Mittel ist zu einem konkreten, wirtschaftlichen Zweck, so bedeutet das oben gesagte, dass die fraglichen Bestimmungen den Zwecken dienen, die regelmässig erfahrungs-

1) Vgl. Ehrlich a. a. O.

gemäss mit dem betreffenden Geschäft verfolgt werden, zu denen das Geschäft das typische Mittel ist. Die Zwecke sollen realisiert werden, die regelmässig die Parteien mit dem Kauf, der Bürgschaft u. s. w. verfolgen. So dient das Gesetz gleichsam der Absicht, dem Willen der Parteien; aber nur gleichsam, oder besser, dem Willen nicht der konkreten, individuellen Parteien, bei deren Rechtsgeschäft es in Anwendung kommt, sondern dem als typisch gedachten Willen, der ein solches Rechtsgeschäft abschliessenden Parteien überhaupt, gleichgiltig, ob die konkreten Parteien das Gleiche beabsichtigt haben[2]). Denn gemäss ihrer Natur als subsidiäres Recht, kommen ja diese Bestimmungen gerade da zur Anwendung, wo der konkrete wirkliche Parteiwille nicht in erkennbarer Weise gegeben, erklärt ist; wo dies der Fall ist, ist lediglich er rechtsbegründend, kommt subsidiäres Recht gar nicht zur Anwendung. Nicht der konkreten Parteiabsicht also dienen die fraglichen Bestimmungen, denn diese ist ja unbekannt. Nicht dem Inhalt der Parteiwillenserklärung, denn sie kommen ja nur dann zur Anwendung, wenn diese für den in Frage stehenden Punkt auch durch Auslegung nicht gefunden werden kann. Denn wo Parteiwille rechtswirksam ist, muss immer zuerst er gesucht, durch Auslegung gefunden werden. Erst wo Auslegung zu keinem Resultat führt, kommt subsidiäres Recht zur Anwendung, und treten kraft Gesetzes Rechtsfolgen ein, die in den Fällen, um die es sich hier handelt, dem Inhalte entsprechen, der von der als typisch angesehenen Ge-

1) Vgl. Ehrlich a. a. O.

2) Vgl. Ehrlich a. a. O. S. 44.

samtheit der zu dem betreffenden Rechtsgeschäft greifenden Parteien erklärt zu werden pflegt. Einen idealen Durchschnittswillen der Parteien also, der schon deshalb, weil er eben nur ideell und Motiv für den Gesetzgeber, nicht aber konkreter menschlicher Wille ist, selbst rechtsbegründend nicht sein kann. Dass es verfehlt ist, solche Bestimmungen als Auslegungsregeln anzusehen, sie in Beziehung zu bringen mit dem konkreten Parteiwillen und als dessen rechtlichen Ausfluss anzusehen, sahen wir oben. Nicht Auslegung irgend eines erklärten Parteiwillens können sie sein; hier erkennen wir ihren positiven Charakter: sie sind subsidiäres Recht und zwar eine bestimmte Gruppe desselben, die durch ihren rechtspolitischen Charakter bestimmt ist, und zwar insofern, als die rechtspolitischen Zwecke, die diesen Bestimmungen zugrunde liegen, übereinstimmen mit den typischen, regelmässigen Zwecken, die mit den fraglichen Rechtsgeschäften überhaupt von dem Publikum, den Parteien, verfolgt werden.

Wir versuchen nun die praktischen Konsequenzen dieser theoretischen Ergebnisse zu ziehen, und uns über die Anwendung, das Anwendungsgebiet der in Frage stehenden Rechtssätze zu vergewissern; über ihr Verhältnis zum zwingenden Recht einerseits und zur Parteierklärung und Auslegung andererseits.

Es wurde oben gezeigt, dass das subsidiäre Recht mit dem zwingenden Recht das gemein hat, dass beide positiv-materielle gesetzliche Regelung enthalten, dass aber der Unterschied beider darin besteht, dass ersteres jede Parteierklärung für unwirksam er-

klärt, letzteres aber gerade auf der Anerkennung derselben beruht. Da nun das Gesetz, wo es mit absoluter Wirkung irgendwelche Rechtsfolgen ausspricht, jede Anerkennung der Wirksamkeit der Parteiabrede in diesem Punkt ausschliesst, so muss notwendig ein etwa entgegenstehender subsidiärer Rechtssatz weichen, da er nur da Platz greift, wo primär der Parteiwille wirksam ist.

Das Verhältnis zur Willenserklärung aber vor allem gilt es hier klarzustellen, und die hierüber in der Literatur vielfach herrschenden Unklarheiten zu beseitigen. Zwei Momente erkannten wir als massgebend für den Begriff des subsidiären Rechts: die darin enthaltene Anerkennung der Willenserklärung als primäre rechtsbegründete Tatsache — und den Charakter des objektiven Gesetzesrechts. Aus dem ersten Moment entspringt die Forderung, dass die gewöhnlich als Auslegungsregeln bezeichneten Sätze des subsidiären Rechts überall da nicht zur Anwendung gelangen, wo eine genügende Willenserklärung vorliegt, eine Forderung, die in der Literatur auch allgemein anerkannt ist. Aus dem zweiten Momente aber ergibt sich, dass die zufolge der sogen. auslegenden Gesetzesbestimmungen eintretenden Rechtsfolgen nicht dispositives Recht in subjektivem Sinn sein können, sondern lediglich als Gesetzeswirkung anzusehen sind, was mehr oder weniger klar fast überall in der Literatur bestritten ist. Daher ist praktisch in den in Frage kommenden Fällen zuerst zu forschen nach der Parteierklärung; denn sie ist primär massgebend für die Rechtsfolgen. Liegt der Tatbestand einer solchen vor, und bezieht sich dieser auf den in Frage stehenden Punkt, so ist jener Er-

klärungstatbestand auszulegen in dem oben normierten analytischen Sinn. Erst wenn diese Auslegung zu einem brauchbaren Ziel nicht führt, ein Inhalt, der den fraglich gewordenen Punkt des Rechtsverhältnisses regelt und dementsprechend Rechtsfolgen nach dem Gesetz eintreten könnten, nicht vorliegt erst dann, d. h. mangels eines geeigneten Parteiwillens kommt das subsidiäre Recht zur Anwendung, dass wegen dieser Funktion neuerdings häufig als ergänzendes Recht bezeichnet wird[1]). Es steht somit fest, dass die dann eintretenden Rechtsfolgen nicht dispositives Recht im subjektiven Sinn sind, nicht Parteirecht, nicht Willenswirkung, in Sonderheit nach dem eben Gesagten nicht durch Auslegung gefunden sind bezw. inhaltlich dem durch Auslegung gefundenen Willen entsprechen. Sie treten ein, mögen sie im konkreten Fall der Parteiabsicht entsprechen oder nicht, wenn eine solche nicht geäussert ist, lediglich dem typischen ideellen Parteiwillen entsprechend, und lediglich als gesetzliche Regelung des Rechtsverhältnisses.

Daher ergibt sich auch ihr Verhältnis zur Auslegung und zu den Mitteln derselben, in Sonderheit zu der Verkehrssitte. Die Willenserklärung geht dem

---

1) Im ganzen ist die Terminologie: „ergänzendes Recht" da mit der Theorie und Tendenz Stammler's, aus der sie entstanden, zu eng verbunden, besser wieder zu ersetzen durch die Bezeichnung subsidiäres Recht. Im Verlauf der Untersuchung ist sie jedoch da zu verwenden, wo auf Stammler's Gedankengang näher einzugehen ist, da hier wesentlich und sich nicht deckend mit dem für Stammler weiteren Begriff des subsidiären Rechts. Denn auch die dem ergänzenden Recht gegenübergestellten Auslegungsregeln sind nach Stammler und insbes. Hölder subsidiärer Art, und zwar in noch höherem Masse als das ergänzende Recht.

subsidiären Recht vor. Daher ist, wo Auslegung zum Ziel führt, subsidiäres Recht nicht anwendbar. Infolgedessen muss auch die Verkehrssitte dem subsidiären Recht vorgehen, nicht aber als irgend eine Art von Rechtsquelle, vielleicht ähnlich dem Gewohnheitsrecht, sondern lediglich ihrer Natur als Auslegungsmittel entsprechend, als Mittel der Erklärung, als Sprachgebrauch im weiteren Sinn des Wortes: in dem Sinn, als sie den erklärten Worten und Umständen erst den ihnen innewohnenden Sinn gibt. Wo eine bestimmte Übung besteht, mit gewissen konkludenten Handlungen ein gewisser Sinn verbunden zu werden pflegt, da ist eben, wo diese Handlungen vorliegen, der entsprechende Inhalt erklärt, muss mit Hilfe des Sprachgebrauchs mit Hilfe der betreffenden Erfahrungssätze des Lebens, mit Hilfe der Verkehrssitte jener Inhalt der Willenserklärung gefunden werden und ist also für die Anwendung subsidiären Rechts kein Bedürfnis und kein Raum mehr vorhanden. Das Gesetz ist aber, anders wie Gewohnheit und Sprache des Lebens, kein Auslegungsmittel, wie oben gezeigt wurde, vor allem deswegen nicht, weil es nicht, wie jene, Mittel der Erklärung zu sein pflegt, ja vielfach von den Laien gar nicht gekannt werden kann [1]).

Gegenüber anderen Rechtsquellen ist das Anwendungs- und Geltungsgebiet des subsidiären Rechts noch abzugrenzen. Die Konsequenzen in dieser Richtung gegenüber dem Gewohnheitsrecht ergeben sich

---

1) Anders Hölder t. »Recht« 1901 S. 216 u. kr. V.-Schr. VI S. 490. Mit dem hier gesagten übereinstimmend Danz a. a. O. S. 113.

aus den oben erwähnten allgemeinen Grundsätzen. Ist es zwingendes Recht, so geht es dem subsidiären Recht vor, setzt dieses ausser Kraft. Die Frage, wie sich etwaige entgegenstehende Bestimmungen des subsidiären Rechts, sei es im Gesetz oder als Gewohnheitsrecht anderen Bestimmungen des subsidiären Rechts, die für denselben Punkt gelten, gegenüber verhalten, ist noch zu untersuchen. Mit dem Aufwerfen dieser Frage scheint die Antwort auch bereits gegeben zu sein, ja die Frage wäre überflüssig, hätte nicht Hölder und die ihm Folgenden verschiedene Grade subsidiären Rechtes angenommen, insbesondere behauptet, dass die hier zur Erörterung stehenden Auslegungsregeln in noch höherem Mass subsidiärer Natur seien, als die übrigen Bestimmungen des subsidiären Rechts, die dort als ergänzendes Recht ihnen gegenüber gestellt werden. Wir haben oben nachgewiesen, dass der Begriff des subsidiären Rechts ein völlig eindeutiger ist. Die Wirkung desselben gegenüber der Willenserklärung in Sonderheit völlig gleichheitlich und einheitlich ist. Daher ergibt sich ohne allen Zweifel, was ohne die genannte Behauptung schon an sich klar sein müsste, nämlich dass da, wo subsidiäres Recht vorliegt, diesem überall die gleiche Wirkung zukommen muss. Insbesondere kann daraus, dass eine Bestimmung in rechtspolitischer Beziehung mit dem typischen Parteiwillen übereinstimmt, diesem ihren Charakter und ihren Ursprung verdankt, kein höheres Mass von Subsidiarität angenommen werden. Daher würde, wo zwei subsidiäre Rechtssätze einander widersprächen, ein Fall, der meines Wissens in unserer Gesetzgebung nirgends gegeben ist, lediglich ein Fall der sogenannten Anti-

nomie im Gesetz gegeben sein, deren Beseitigung nach allgemeinen Grundsätzen der Gesetzesauslegung zu versuchen und zu bewerkstelligen wäre, auf die hier nicht näher einzugehen ist.

Nachdem wir nun also, um das bisherige zusammenzufassen, im ersten Teil sahen, dass es positive Auslegungsregeln dem Begriff nach nicht gibt, kommen wir hier abschliessend zu dem Resultat, dass die von der herrschenden Lehre als Auslegungsregeln bezeichneten gesetzlichen Bestimmungen, d. h. Rechtssätze, die in subsidiärer Weise Rechtsfolgen festsetzen, die dem typischen Inhalt und Zweck des betreffenden Rechtsgeschäfts entsprechen, subsidiäres, ergänzendes Gesetzesrecht sind, letzteres aber ein einheitlicher Begriff ist, von Rechtssätzen, denen die gleiche juristische Natur und einheitliche Wirkung innewohnt.

Kapitel III.

Auslegungsregel und dispositives bezw. subsidiäres Recht.

Wir versuchen nun endlich, nachdem wir uns über den Begriff der Auslegung und Auslegungsvorschrift wie über den des subsidiären Rechts Klarheit verschafft, dem Gegensatz zwischen Auslegungsregel im Sinn der herrschenden Lehre und dispositivem bezw. subsidiären oder ergänzendem Recht (je nach Sprachgebrauch), wie derselbe in der Literatur behauptet oder geleugnet wird, näher zu treten, die vertretenen Meinungen zu untersuchen, um aus ihren berechtigten Bestandteilen selbst zu wissenschaftlich haltbaren Ergebnissen zu gelangen, bezw. die gewonnenen Resultate durch Auseinandersetzung mit den bisher vertretenen Ansichten zu stützen.

So sehr nun die Meinungen über den zur Erörterung gestellten Gegensatz auseinandergehen, so lassen sie sich doch unter zwei einheitlichen Gesichtspunkten gruppieren und zusammenfassen, indem entweder ein grundsätzlicher theoretischer und praktischer Unterschied zwischen beiden behauptet, oder ein solcher in Abrede gestellt wird, beides, Auslegungsregel wie subsidiärer Rechtssatz für gleichberechtigte, gleichwertige Formen zum Ausdruck des gesetzgeberischen Willens erklärt werden.

Bevor wir in die nähere Untersuchung hierüber eintreten, müssen wir den Gegensatz noch einmal klar formulieren. Nicht um die Auslegungsregeln in unse-

rem Sinn kann es sich dabei handeln, wie dieselben in §§ 133, 157 B.G.B. enthalten sind, sondern um die sogen. »Auslegungsregeln« nach dem Sprachgebrauch der herrschenden Meinung, d. h. um positive Bestimmungen des materiellen Rechts, die festsetzen, was im Fall des Zweifels über den Inhalt der Willenserklärung Recht sein soll. Nur sie können dem subsidiären Recht gegenüber gestellt werden, wenn wir in Konsequenz unserer auf den Untersuchungen von Bülow, Stammler und Hölder beruhenden Terminologie verharren. Denn ein Gegensatz zum dispositiven Recht in dem obigen Sinn desselben kann hier nicht in Frage kommen. Die Frage ist also die: Deckt sich der Begriff der Auslegungsregel mit dem des subsidiären Rechts, oder besteht ein begrifflicher Unterschied zwischen ihr und anderen Bestimmungen des subsidiären Rechts, etwa dem ergänzenden Recht?

Um den Gegensatz, wie er heute in der Literatur behauptet wird, zu verstehen, greifen wir zurück auf die Theorie der klassischen Rechtsschule Deutschlands im vorigen Jahrhundert: auf Savigny und Thibaut. Diese lehren den Unterschied zwischen zwingendem und nachgiebigem Recht, und erblicken im letzteren Bestimmungen, die zur Auffindung des wahren Parteiwillens dienen, also Auslegungsregeln. Alles subsidiäre Recht identifizieren sie mit Auslegungsbestimmungen, das aus ihnen entspringende subjektive Recht ist ihnen dispositives Recht in subjektivem Sinn, nach unserer Terminologie. So sieht Savigny[1]) in den Bestimmungen des ergänzenden Rechts »Auslegung des unvollständig gebliebenen

1) Vgl. Savigny, System I. S. 58.

Willens der Parteien«, bezeichnet Thibaut[1]) das subsidiäre Recht ausdrücklich als »Auslegungsregeln«. Den gleichen Charakter verleihen demselben Wächter, Thöl und Brinz[2]). Der Versuch Windscheid's endlich[3]), eine Unterscheidung zwischen beiden dahin aufzustellen, dass die Auslegungsregeln »wenn auch nicht den wirklichen (bewussten), so doch den eigentlichen Willen der Parteien zum Ausdruck bringen«, während lediglich dem ergänzenden Recht die positive Gesetzeswirkung im engern Sinn erzeugende Kraft innewohne, kann nicht als gelungen bezeichnet werden; denn einen anderen Parteiwillen als den wirklichen anzunehmen, ist eine Fiktion.

Es ist klar, dass die eben gekennzeichnete Theorie des subsidiären Rechts einseitig auf dem Willensdogma fusst, von dem die ganze klassische Rechtswissenschaft des vorigen Jahrhunderts stark beherrscht war. In der zweiten Hälfte desselben gelangte dann die Gesetzestheorie zur Herrschaft. Sie beeinflusste notwendig, als wissenschaftliche Grundlegung der Lehre vom objektiven Recht, auch dessen Einteilung und System, die Lehre vom zwingenden und nicht zwingenden Recht. In diesem Sinn legen zuerst die Untersuchungen Bülows und Stammlers Kritik an die bisherige Auffassung vom Wesen des subsidiären Rechts[4]). Es wurde erkannt, dass keineswegs die

---

1) Vgl. Thibaut, Pand. § 82.

2) Vgl. Wächter, Pand. § 20, I. Beil., württ. Priv.-R. II § 1, bes. S. 6, Thöl, Einleitung in d. deutsche Privatr. § 44 II, Brinz, Pand. 2. Aufl. § 24, zu Nr. 9.

3) Vgl. Windscheid-Kipps Pand. 8. Aufl. § 58 Nr. 1.

4) Vgl. Bülow, disp. Ziv.-Prozess-R. u. d. verbindliche Kraft der R.-Ordnung im Arch. f. z. Pr. 64 S. 71 f. und Stammler, Der Garantievertrag im Arch. f. z. Pr. 69 S. 20 ff.

Rechtsfolgen, die kraft subsidiären Rechts eintreten, immer dem Willen der Parteien entsprechen. Daher nahm man eine Scheidung innerhalb des subsidiären Rechts vor und formulierte diese in dem hier zur Erörterung stehenden Gegensatz von Auslegungsregeln und subsidiärem bezw. ergänzendem Recht. Erstere sind die Bestimmungen, für die die Definition der bisherigen Lehre vom subsidiären Recht auch weiterhin noch Geltung beanspruchen soll. Letztere dagegen Bestimmungen, die dem dispositivem Recht gegenüber als ergänzendes Recht gelten.

Die Stammler sche Unterscheidung geht nun dahin, dass gewisse Bestimmungen des positiven materiellen Rechts dazu dienen, den mutmasslichen Parteiwillen zu finden, den »massgeblichen Inhalt der Willenserklärung festzusetzen«, während andere des ebenfalls subsidiären Rechts nur ergänzend da Rechtsfolgen festsetzen, wo dispositives objektives Recht Raum gelassen hat für die Parteibestimmung, dieser aber durch die Parteibestimmung nicht ausgefüllt ist. Ersteres sind die »Auslegungsregeln«, letztere die »Bestimmungen des ergänzenden Rechts«. Ihre Anwendung ist also ganz verschieden. Die der Auslegungsregeln setzt voraus, dass diese sich inhaltlich decken mit der Parteierklärung, die des ergänzenden Rechts, dass solche überhaupt nicht vorliegt. Die Konsequenzen dieser Anschauung sind einmal, dass »in ihrer Anwendung auf unsichere Privatbestimmungen die Auslegungsvorschrift dem ergänzenden Rechtssatze vorgeht, indem sie bei einer zweifelhaften Disposition eingreift und dieser zu einem sicheren Inhalt verhilft, wodurch nun die eine fehlende Parteiverfügung ergän-

zende Rechtsnorm zurückgeschoben wird«[1]), und andererseits, dass die Auslegungsregel schon da wegfällt, wo die Parteien nichts erklärt haben, während der ergänzende Rechtssatz erst da weichen muss, wo die Parteien ihn durch positive Regelung ausgeschlossen haben, also m. a. W.: höhere Subsidiarität der Auslegungsregeln gegenüber dem ergänzenden Recht. Die Grundansicht, auf der die Stammlerschen Sätze beruhen und aus der allein sich die angegebenen Behauptungen folgern lassen, ist die, dass die zufolge der Auslegungsregeln eintretenden Rechtsfolgen dispositives Recht im subjektiven Sinn, ihrem Inhalt nach Willenswirkung der Parteierklärung seien[2]). Darin scheint der wesentliche Kern und Gehalt jeder Theorie zu liegen, die die angegebene Unterscheidung zwischen Auslegungsregeln und ergänzendem Recht im B.G.B. macht. Der Ausgangspunkt liegt bei Stammler darin, dass er mit der bisherigen Lehre in den positiven Auslegungsregeln Mittel der Auslegung erblickt. Er sagt so z. B.. »dass durch die Auslegungsregeln festgestellt werde, was als subjektiver Wille in einen konkreten Tatbestand einzusetzen sei, während das ergänzende Recht versuche, die objektiv richtige Folge im voraus für einen Tatbestand anzugeben«. Nun muss zugestanden werden, dass das Gesetz solche Unterscheidung in mancher Hinsicht nahezulegen scheint. Dem nicht zwingenden Recht, wie Ehrlich zusammenfassend die fraglichen Bestimmungen nennt, gehören Sätze an, die gleichsam in Form einer urteilsmässigen Endentscheidung

1) Vgl. Stammler, Recht der Schuldverhältn. S. 68.
2) Vgl. Stammler, ebendas. a. a. O. S. 56.

bestimmen, was in einem konkreten Fall Rechtens sei, welche Rechtsfolgen eingetreten sind; andere scheinen Rechtsfolgen nicht selbst auszusprechen, sondern nur indirekt, indem sie den Tatbestand in einem bestimmten Sinn modifizieren, bestimmen, was als Tatbestand anzusehen sei und sich so gleichsam nur mit den Grundlagen der Entscheidung beschäftigen. Der Unterschied ist ein rein äusserlicher, ja ein nur scheinbarer. Das Gesetz kann niemals einen Tatbestand schaffen, sondern nur seine Rechtswirkungen durch das Vorliegen eines bestimmten von ihm näher bezeichneten Tatbestandes bestimmen. Insofern zeichnet das Gesetz einen Tatbestand vor, aber es schafft ihn nicht, ihn schaffen nur die tatsächlichen Verhältnisse, die ihn bilden. Das Gesetz knüpft lediglich Rechtsfolgen daran. Es kann das nun in der Weise tun, dass es in Form von subjektiven Rechten und Pflichten die Rechtsfolgen ausspricht, oder dass es sagt, im Falle des Tatbestands a trete die Rechtsfolge b ein, die selbst wieder die Form eines Tatbestands hat, jedoch eines solchen, der entweder unmittelbar die Basis gewisser Rechtsfolgen ist, als Tatbestand einer anderen Gesetzesbestimmung (so bei der Fiktion und Vermutung, bei ersterer unbedingt, bei letzterer bedingt) oder Rechtsfolgen aus sich entlässt, da er einen bestimmten vom dispositiven Recht im objektivem Sinn anerkannten und für wirksam erklärten Willensinhalt hat. Das letztere ist der Fall bei Stammlers sogen. Auslegungsregeln. Sie setzen keinen subjektiven Tatbestand ein oder vielmehr nur scheinbar. In Wahrheit knüpfen sie an einen Tatbestand, und zwar indirekt, Rechtsfolgen, subjektive Rechte und Verbindlichkeiten. Wir fühlen uns hier

erinnert an das, was oben bezüglich des Unterschieds zwischen dem Inhalt einer Erklärung, eines Tatbestandes, und dem Inhalt eines Rechtsverhältnisses als einem Inbegriff von Rechtsfolgen ausgesagt wurde. Wie man dort die Auslegung verwechselte mit der Feststellung von Rechtsfolgen, so hält man hier Bestimmungen des materiellen subsidiären Rechts für Auslegung von Tatbeständen. Mit Auslegung kann, wie oben gezeigt wurde, die Tätigkeit des Gesetzgebers nichts gemein haben als den äusseren Schein, als setze sie an Stelle eines an sich undurchsichtigen, unklaren Tatbestandes einen anderen klaren ein, der die Form einer Willensnorm hat. In Wahrheit ist jener andere nicht Tatbestand, sondern Rechtsfolge, geht nicht analytisch hervor aus dem ersteren, sondern ist synthetisch durchs Gesetz an ihn geknüpft, wie andere Rechtsfolgen auch.

Damit ist der Stammlersche Standpunkt gegeben, dass da wo im Sinne der eben als irrtümlich abgelehnten Unterscheidung das Gesetz lediglich einen Tatbestand verändere, modifiziere, und wo dieser Tatbestand eine Willenserklärung sei, das Gesetz den an sich zweifelhaften Parteiwillen erläutere und auslege, während ergänzendes Recht da eingreife, wo das Gesetz, der dispositive Rechtssatz, wohl Raum gelassen hat für solchen Erklärungstatbestand, von Seite der Parteien aber derselbe nicht benutzt worden sei. Dass infolgedessen »die Auslegungsregeln zur Bedingung haben, dass von den Parteien besondere Verfügungen, die nun gedeutet werden sollen, wirklich vorliegen, während das ergänzende Recht gerade voraussetze, dass keine einschlägigen Bestimmungen getroffen seien, auch nicht solche, die durch »kon-

krete Auslegung« oder Auslegungsvorschrift zu einem sicheren Inhalt gebracht werden kann« [1]). Ersterenfalls nun treten nach Stammler die Rechtswirkungen ein kraft Parteiwillens d. h. als Willenswirkung der Parteierklärung, letzterenfalls jedoch nur zufolge der gesetzlichen Regelung als Gesetzeswirkung allein [2]). Dieser Unterschied krankt daran, dass es für die erste Alternative an einem Rechtsgrund fehlt. Wo der Sinn einer abgegebenen Erklärung nicht klar ist, tritt Auslegung ein, und insofern scheinen die betreffenden Gesetzesbestimmungen, äusserlich angesehen, den Charakter von Auslegungsregeln zu haben, die sagen, dass bei zweifelhafter Parteierklärung der Parteiwille als der oder der anzunehmen sei. Doch indem sie den Fall des Zweifels voraussetzen, ist entweder anzunehmen, dass die juristische Auslegung in obigem analytischem Sinn, die »konkrete Auslegung«, wie Stammler sie nennt, Platz zu greifen hat, um den wirklichen Sinn und Inhalt der Willenserklärung zu erforschen — und sie kann nirgends umgangen werden — oder — und diesen Fall hat die Stammlersche Theorie im Auge —: die Auslegung ist erfolglos geblieben, und der Inhalt der abgegebenen Willenserklärung ist und bleibt definitiv zweifelhaft. In diesem Fall hat die betreffende gesetzliche Bestimmung einzutreten. Dieselbe hat mit Auslegung daher nichts gemein, ihre Wirkungen treten ein als subsidiäres Recht lediglich von Gesetzes wegen, unabhängig vom konkreten Parteiwillen.

Aus dem Satz, dass die Auslegungsregel dispo-

1) Vgl. Stammler, Recht der Schuldverh. S. 58.

2) Vgl. Stammler ebendas. a. a. O. S. 56.

sitives Recht in subjektivem Sinn hervorbringe, folgert Stammler weiter, dass ein ergänzender Rechtssatz schwerer beseitigt werde als eine Auslegungsregel, also höhere Subsidiarität [1]) der Auslegungsregel. »Denn diese fällt schon ganz dahin, und mangelt jeder Anwendbarkeit, soweit im besonderen Fall es feststeht, dass der gerade zur Erwägung stehende Punkt von den Disponenten mit Schweigen überübergangen worden ist. Die besondere Auslegungsvorschrift wird schon dadurch ausgeschlossen, dass die Willenserklärung über diese besondere Frage nichts enthält; ein entsprechender Rechtssatz des ergänzenden Rechts erfährt seine Ausschliessung nicht durch blosses Schweigen und durch eine Lücke im Geschäft — das ist vielmehr die Voraussetzung seiner Anwendbarkeit — sondern erst durch besondere Bestimmung seines Gegenteils seitens der verfügenden Privatleute. Andererseits gibt es auch Fälle, in denen eine Auslegungsvorschrift durch eine besondere Erklärung eines Disponenten ausgeschlossen wird, während diese Äusserung zum Ausschluss eines korrespondierenden, ergänzenden Rechtssatzes nicht ausreichen würde« [2]). Damit legt Stammler den Auslegungsregeln eine im höheren Mass subsidiäre Wirkung bei im Vergleich zum ergänzenden Recht d. h. eine schwächere Wirkung gegenüber der Parteierklärung. Sie sind gleichsam noch subsidiäreres Recht als jene, wie Hölder uns nahe legt [3]).

Die Auslegungsregeln greifen also schon da nicht mehr Platz, wo sie sich nicht decken mit dem abge-

1) so auch Hölder, Komm. z. B.G.B. S. 31.

2) Vgl. Stammler a. a. O. S. 69.

3) Vgl. Hölder, kr. V. Schr. Bd. XLII S. 487 ff.

gebenen Parteiwillen, das ergänzende Recht aber erst da nicht mehr, wo es positiv ausgeschlossen ist durch die Willenserklärung. Doch — muss man hier sagen — im ersteren Falle setzt ja die Anwendbarkeit der Auslegungsregel einen durch Auslegung gefundenen Parteiwillen voraus, und dieser macht ja die Auslegungsregel überflüssig. Dieser circulus vitiosus wird nicht dadurch beseitigt, dass man den Stammlerschen Gedankengang dahin zu verbessern sucht, dass sich nur mit dem möglichen Parteiwillen die Auslegungsregel decken müsse. In diesem Sinne sagt Habicht[1]): »für eine Auslegungsregel ist da Raum, wo der Wille, wie er erklärt ist, der Deutung nach einer gewissen Richtung hin fähig ist, wo zwar die vorhandene Erklärung Zweifel über den Inhalt des Willens erregt, aber der vom Gesetz hinein gelegte Sinn doch noch von der Erklärung gedeckt wird. Dagegen ist eine Dispositivvorschrift dann nötig, wenn der Wille selbst, nicht bloss die Erklärung ergänzt werden muss.« Es muss demgegenüber zugestanden werden, dass ein logischer Unterschied besteht zwischen dem Bereich dessen, was möglicherweise Inhalt der Erklärung sein kann, dem was unmöglich gedeckt ist durch die Erklärung, unmöglich in ihr enthalten ist, und dem, was durch sie positiv ausgeschlossen ist. Es ist jedoch falsch, den Unterschied zwischen der ersten und zweiten Eventualität als rechtlich erheblich zu bezeichnen, indem das erstgenannte Gebiet das der Auslegungsregel, das zweite das des ergänzenden Rechts sei. Das Gebiet des

1) Vgl. Habicht, die Einw. des B.G.B. auf zuvor entst. R.-Verh. II. Aufl. 1900. S. 701. So auch Hölder, Komm. z. B.G.B pag. 31.

ergänzenden Rechts umfasst vielmehr beide. Es muss nicht notwendig vereinbar sein mit dem Sinn der unvollkommen abgegebenen Erklärung in dem Sinn, dass es als in ihr möglicherweise enthalten nachweisbar sein müsste, sondern nur in dem Sinne muss es vereinbar sein mit jener, als es nicht positiv durch sie ausgeschlossen sein darf (wozu eben eine ausdrückliche Erklärung in negativer Richtung erforderlich ist).

Das Gesetz wählt als subsidiäres Recht bald Bestimmungen, die sich möglicherweise decken mit dem Erklärten, bald solche, von denen dies ausgeschlossen ist, (sofern sie nur nicht selbst durch die Erklärung positiv ausgeschlossen sind), die also keineswegs als Inhalt des Erklärten gelten können. Rechtlich scheidet sich der mögliche Inhalt einer Erklärung von dem unmöglich in ihr enthaltenen in nichts. In rechtspolitischer Hinsicht allein ist zu bemerken, dass das Gesetz da, wo es nicht subsidiär die Entscheidung in einem Punkt selbst trifft, sondern nur die Grundlagen derselben regelt, scheinbar nur den Tatbestand bestimmt (vgl. über diesen Unterschied oben), es wohl nie einen unmöglich sich mit dem Erklärungstatbestand deckenden Tatbestand diesem unterschiebt, während da, wo es direkt feststellt, was für subjektive Rechte und Pflichten in einem bestimmten Punkt eines Rechtsverhältnisses eintreten, es wohl subsidiär auch solche eintreten lässt, die nicht dem Parteiwillen geradezu entsprechen.

Welcher Inhalt einer Willenserklärung möglich ist, ist rechtlich belanglos, solang der wirkliche Inhalt nicht feststeht. Ist doch der mögliche Parteiwille, der lediglich ein vermuteter sein müsste, ein

nicht erklärter, in rechtsbegründender Hinsicht überhaupt unerheblich. Zum andern aber hat, wie wir ebenfalls oben nachwiesen, der Anwendung einer positiven Gesetzesvorschrift die Auslegung des Parteiwillens voranzugehen, da, wo das dispositive Recht in objektivem Sinn diese für wirksam erklärt. Die Auslegung ermittelt nun, wenn überhaupt möglich, den möglichen Sinn der Willenserklärung. Falls jedoch dieser ermittelte mögliche Inhalt der Willenserklärung nicht auch unzweideutig der einzig mögliche und wirkliche Sinn derselben ist, liegt ein rechtsbegründender Parteiwille über den betreffenden Punkt überhaupt nicht vor und hat ergänzendes Recht Platz zu greifen. Denn da, wo es der Auslegung nicht gelungen ist, einen unzweideutigen klaren Willen als Sinn der Erklärung zu ermitteln, der erklärte Wille definitiv unklar und unverständlich bleibt, liegt eben derselbe Fall vor als da, wo eine Erklärung überhaupt nicht vorhanden ist. Eine unauslegbare definitiv undeutliche Erklärung ist überhaupt keine Willenserklärung in rechtsbegründender Hinsicht.

Neben diesen von Stammler in den Mittelpunkt der Erörterung gestellten sogen. positiven Auslegungsregeln gibt es im B.G.B. noch andere Bestimmungen des nicht zwingenden Rechts, die man etwa noch als Auslegungsregeln anzusprechen versucht sein könnte, Bestimmungen rein negativen Inhalts, die lediglich, ohne subjektive Rechte zu begründen, den Richter anweisen, bei bestimmten Tatbeständen nicht etwa dies oder jenes als Inhalt anzunehmen sondern nichts aus der Erklärung herauszulesen bezw. in sie hineinzulegen, als was bestimmt in ihr enthalten ist; Anwendungsfälle der echten analytischen Auslegung

möchte man in ihnen erblicken; als rein belehrende Bestimmungen hat man sie gelegentlich, allerdings in völliger Verkennung ihres Gesetzescharakters, angesprochen. Irgend welcher selbständige Charakter und systematische Wert kommt derartigen Sätzen, wo sie sich im Gesetz finden, nicht zu. Kritisch angesehen, ergeben sie keineswegs eine Abweichung von dem bisher Gesagten, eine Grundlage für irgend eine Theorie gesetzlicher Auslegungsregeln. Soweit nämlich konkrete Auslegung des betreffenden Tatbestandes auch nur theoretisch möglicherweise zu einem anderen Resultat führen könnte, als dem in Gesetz vorgesehenen, haben wir es in der fraglichen Gesetzesbestimmung mit positivem materiellem Recht, und zwar subsidiärem, ergänzendem zu tun. Die eintretenden Rechtsfolgen sind lediglich reine Gesetzeswirkung. — Sofern jedoch dies nicht der Fall ist, das gesetzliche Auslegungsergebnis sich mit dem einer wirklichen Auslegung des Tatbestands notwendig und in jedem Falle deckt, sind die betreffenden Bestimmungen, falls vom Standpunkt der Logik zulässig, überflüssig, da ja die Auslegung, die doch nicht zu umgehen ist, notwendig stets das gleiche Resultat an sich liefern müsste, und die betreffenden Auslegungsregeln wären lediglich unter dem fragwürdigen Gesichtspunkt anzusehen: superflua non nocent. Ein System, eine Theorie der Auslegungsregeln liesse sich auf sie am wenigsten bauen.

Noch ist zu erwähnen, dass Stammler bei seiner Unterscheidung, sofern sie sich auf das B.G.B. bezieht, nicht allein die Motive, sondern auch den Wortlaut des Gesetzes selbst auf seiner Seite hat. Das-

selbe spricht z. B. in § 186 ausdrücklich von Auslegungsvorschriften. Doch bleibt es zu untersuchen, welchen Inhalt die genannte Gesetzesstelle hat. Sie müsste, wenn Stammler recht hätte, ausser dem Befehl, dass in den betreffenden Fällen die und jene Rechtsfolgen eintreten sollen, auch noch den weiteren Befehl enthalten, dass diese Rechtsfolgen als Parteiwille anzusehen seien. Doch selbst wenn dies der Fall wäre, obläge es der Wissenschaft, die darin enthaltene Fiktion zu erkennen und den wahren Charakter solcher Bestimmungen, von der Fiktionsform abgesehen, in der obigen Weise als ergänzendes Recht festzustellen. Doch ist solche Fiktion in den mehr zufällig und konventionell gewählten Worten nicht enthalten, vielmehr nur der eine klare Sinn, dass gewisse Rechtsfolgen eintreten sollen. Daher ist die zufällige Bezeichnung Auslegungsregeln ohne systematischen Wert und lediglich unter den Gesichtspunkt zu bringen: falsa demonstratio non nocet. Der Ausdruck, und selbst die darin sich spiegelnde falsche Meinung des Gesetzgebers über die Theorie dieser Bestimmungen ändert nichts an ihrem Charakter, als subsidiären, ergänzenden Rechtes.

Unter allen Theorien der Auslegungsregeln ist die Stammler's weitaus die bedeutendste. Andere Theorien über den gleichen Gegenstand stützen sich teils mehr oder weniger auf Stammler selbst, teils haben sie inzwischen ihre Widerlegung gefunden. So erblickte man vielfach in den Auslegungsregeln Vermutungen[1]), wobei man den lediglich zu vermutenden nicht geäusserten und innerlich gebliebenen

1) So u. a. Hellmann, Vorträge über das B.G.B. 1897. S. 97.

Parteiwillen als rechtsbegründend annahm; aber auch abgesehen davon kann man unmöglich in den fraglichen Bestimmungen Vermutungen sehen, da diesen ja die Zulassung des Gegenbeweises wesentlich ist, während Auslegungsregeln erst da zur Anwendung kommen, wo feststeht, dass ein bestimmter Parteiwille nicht erklärt und durch Auslegung unauffindbar ist, also in Fällen wo der Gegenbeweis tatsächlich ausgeschlossen, unmöglich ist — eine Tatsache auf die bereits Danz aufmerksam gemacht hat [1]).

Damit verwandt, und ebenfalls im Grund verfehlt muss der Versuch genannt werden, der die Auslegungsregeln als Mittel zur Erforschung des Parteiwillens bezeichnet, davon ausgehend, dass der Erklärende, auch da, wo er den Gesetzesinhalt nicht im einzelnen kennt, doch bei seiner Erklärung stillschweigend sein Einverständnis mit dem erkläre, was im Gesetz als subsidiäres Recht sich findet, sodass eben dieser Inhalt des Gesetzes einen Teil seiner Erklärung bilde, kraft stillschweigender Erklärung der Parteien Geltung beanspruche. Diese Theorie, die inzwischen ebenfalls durch Danz [2]) ihre Widerlegung gefunden hat, beruht, wie dort erwiesen ist, auf einer Fiktion, die als erklärt bezeichnet, was der Erklärende nicht als gewollt erklärt hat, woran er nicht einmal gedacht hat, ja wovon er in der Regel der Fälle gar nichts weiss, sofern er nicht zufällig juristische Kenntnis des B.G.B. besitzt. Danz [3]) hat in seinen Ausführungen dargelegt, dass der Geschäftswille der

1) Danz a. a. O. S. 90.
2) Danz a. a. O. S. 10.
3) Danz a. a. O. S. 7.

Parteien überhaupt regelmässig kein juristischer, sondern lediglich ein wirtschaftlicher, gesellschaftlicher ist und dass darin die Fiktion dieser Theorie liegt. Im Grunde ist auch sie ein Ausfluss jener Willenstheorie, die alle Rechtswirkungen im Privatrecht im Zweifel auf den Individualwillen der Parteien zurückführen zu sollen glaubte, und die inzwischen durch eine geläuterte Theorie des objektiven Rechts, die Gesetzestheorie, ihre Korrektur erfahren hat.

Endlich soll hier noch der Standpunkt erwähnt werden, wonach man in den Auslegungsregeln eine Kodifikation der Verkehrssitte zu erblicken habe [1]). Es sei hier abgesehen davon, ob im positiven Recht den hier zur Erörterung stehenden Bestimmungen tatsächlich ein solcher Charakter zukommt, und inwieweit dies der Fall ist, ferner davon, welche Veränderung [2]) in der Verkehrssitte eine Kodifikation derselben absichtlich, und welche sie notwendig und unbewusst herbeigeführt habe, und nur der Fall theoretisch angenommen, dass inhaltlich sich gewisse Bestimmungen decken mit der Verkehrssitte eines gewissen Personenkreises. Hier ist allerdings zuzugeben, dass bei rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen von Personen dieses Kreises die Verkehrssitte und also auch der Inhalt der betreffenden Auslegungsregel stillschweigend erklärt sei, da eben die Verkehrssitte, wie ja auch der Sprachgebrauch, Mittel der Erklärung sind. In solchen Fällen allerdings treten die Rechtswirkungen ein als Willenswirkung der Parteien, als dispositives Recht im subjektiven Sinn, doch treten sie dann

1) Vgl. dazu Ehrlich a. a. O. S. 60.

2) Vgl. Ehrlich a. a. O. S. 63.

natürlich nicht kraft subsidiären materiellen Rechts, kraft der Auslegungsregel ein, sondern kraft des Gesetzes, sofern die betreffende Bestimmung dispositives Recht in objektivem Sinn enthält, und es müssten ja auch die gleichen Rechtsfolgen ganz unabhängig von einem subsidiären Rechtssatz dieses Inhaltes eintreten. Wir sehen uns also dem auf den ersten Blick sonderbaren Fall gegenüber, dass die eintretenden Rechtsfolgen inhaltlich dem materiellen Gesetze entsprechen, dass aber dies, nämlich die positive Auslegungsregel selbst als subsidiäres Recht ausgeschlossen wäre durch das Vorliegen einer Willenserklärung, die stillschweigend auf den gleichen Inhalt gerichtet ist, sofern dieser die Verkehrssitte darstellt.

Dieses an sich vielleicht parodox scheinende Resultat findet seine einfache Lösung darin, dass eben tatsächlich die Verkehrssitte durch Aufnahme ins Gesetz nicht Verkehrssitte bleibt, sondern ihrem Wesen nach verändert wird, das Gesetz aber nicht als stillschweigender Erklärungsinhalt angesehen werden darf, wie oben gezeigt wurde; dass aber andererseits da, wo eine Willenserklärung ausdrücklich aufs Gesetz Bezug nimmt, der eben konstruierte Fall überall gegeben sein dürfte, dass die eintretenden Rechtsfolgen inhaltlich der Parteierklärung, wie auch dem materiellen Gesetz entsprechen, und dass formell-juristisch die Parteierklärung die Anwendbarkeit des materiellen Rechts ausschliesst kraft des dispositiven objektiven Rechtssatzes. Damit dürfte die Paradoxie dieser Formulierung beseitigt sein, da eben jede subsidiäre Bestimmung zufolge ihrer Subsidiarität auf Anerkennung des Parteiwillens beruht, und somit den oben klargestellten Bülow'schen Rechtssatz enthält.

Nachdem wir nun den grundsätzlichen Irrtum, der auf Stammler zurückführenden Theorie der Auslegungsregeln erkannt, gilt es, ihren berechtigten Kern, den bleibenden Wahrheitsgehalt ihrer Tendenz zu erfassen und zu verwerten. Dass an sich an die Savigny'sche Lehre Kritik angelegt, der Satz aufgestellt wurde: ergänzendes Recht sei nicht Auslegungsregel, muss anerkannt werden, und darf, nachdem es einmal in der Wissenschaft ausgesprochen ist, nie mehr übersehen und geleugnet werden, wie dies inzwischen von Danz und den ihm Folgenden geschehen ist. Lediglich nicht konsequent genug, nicht weit genug ist die Stammler'sche Kritik vorgegangen, indem sie immer noch eine Gruppe subsidiären Rechtes annahm, die den Charakter von Auslegungsregeln trüge. Indem man positive Auslegungsregeln behauptete und dem ergänzenden Recht entgegensetzte, verfiel man dem Irrtum, einem Irrtum. der trotz versuchter Entgegnungen auch heute noch als der der herrschenden Lehre angesehen werden muss. So teilen die Stammler'sche Ansicht die Pandektenlehrbücher von Dernburg[1]) und Windscheid[2]), sowie die Lehrbücher des bürgerlichen Rechtes von Dernburg, Crome[3]) und Cosack[4]) sowie der Planck'sche[5]) und Hölder'sche[6]) Kommentar. Allerdings muss selbst bei den ener-

1) Dernburg, Pand. Bd. I. § 32. S. 71 ff; die allg. Lehren des bürgl. R. II. Aufl. S. 338 ff.

2) Windscheid-Kipp. Pand. 8. Aufl. S. 382 ff.

3) Crome, Syst. des Bürgl. R. 1900. I. § 41. S. 407.

4) Cosack, Lehrb. des Bürgl. R. 1900. § 63.

5) Planck, Komm. z. B.G.B. S. 23 ff.

6) Hölder, Komm. z. B.G.B. S. 30 ff.

gischsten Vertretern dieser Lehre ein Zurückgehen konstatiert werden. Charakteristisch für den modernen Standpunkt in dieser Frage ist der jüngste Ausspruch Stammler's selbst über die betreffende Unterscheidung. Während er in seiner Schrift über den Garantievertrag, also in seiner grundlegenden Erörterung über den Nachweis des fraglichen Unterschiedes sagt:[1]) „Auch hier ist der begriffliche Unterschied zwischen derartigen Dispositionen (nämlich den Auslegungsregeln), und ergänzenden Rechtssätzen stets klar und durchschneidend und die Grenze in Ansehung der etwaigen verschiedenen einzelnen Bestimmungen leicht und sicher zu ziehen" sagt er neuerdings in der „Lehre vom richtigen Rechte":[2]) „dass die Unterscheidung in diesem Sinn innerhalb unseres Rechtes besteht, kann nicht wohl bezweifelt werden. Nachdem aber dieser wahre Sachverhalt in dem tatsächlichen Bestande unserer Rechtsordnung erkannt ist, empfiehlt es sich kaum, den genannten Gegensatz festzuhalten, denn er ist geeignet, in häufiger Gelegenheit Zweifel zu erregen, welcher der beiden Gruppen ein gewisser Rechtssatz im Sinne des geltenden Rechtes zuzuweisen sei; seine Durchführung im einzelnen Fall bleibt auch nach der Beseitigung des genannten Zweifels nicht ohne Verwickelung; und er hat bei seiner technischen Betätigung ein zu wenig abgetöntes Ergebnis, um auf seine genaue Befolgung zu starkes Gewicht zu legen. So würde es zur Vereinfachung und Klarheit dienen, wenn man jedem nicht zwingenden Satze die beiden Funktionen: des Auslegens und Ergänzens, gleich-

1) Vgl. Stammler im Arch. f. z. Pr. Bd. 69 S. 20 ff. Anm. 55.

2) Stammler, die Lehre von dem richtigen Rechte, S. 504.

mässig übertrüge.“ Damit scheint über die wissenschaftliche Bedeutung dieses Unterschiedes genug gesagt zu sein, und es liegt im Interesse der wissenschaftlichen Literatur, diese Hypothese auch allgemein förmlich fallen zu lassen, nachdem sie sozusagen von ihrem eigenen Vater verlassen und aufgegeben worden ist.

Wir hatten geglaubt gegen die Stammler'sche Theorie Stellung nehmen zu müssen, indem wir zu dem Resultat gelangten, dass die sogen. positiven Auslegungsregeln des Gesetzes Bestimmungen des materiellen subsidiären Rechtes sind, die mit Auslegung nichts gemein haben, und von denen auch nicht andere Bestimmungen des subsidiären Rechtes als ergänzendes Recht begrifflich geschieden werden können. In rein negativer Seite dieses Resultates berühren wir uns vielfach mit den Schriftstellern, die bisher, wenn auch nicht in allzugrosser Zahl, gegen Stammler aufgetreten sind. Jedoch gilt es nun, deren theoretische Begründung ihres Resultates noch näher zu untersuchen. Ohne näheres Eingehen kann jedoch vorweg eine Reihe von Meinungsäusserungen zu der fraglichen Kontroverse ihre Erledigung finden, die im Ergebnis dahin gehn, dass zwar ein Unterschied zwischen Auslegungsregel und subsidiärem Recht im Gesetz bestehe, beide Arten von Gesetzesbestimmungen sich in demselben nachweisen liessen, dass aber jener Unterschied ein „lediglich theoretischer“ [1]) sei, „ohne erheblichen Einfluss auf die Praxis“, oder „zu schwer erkennbar, als dass es sich lohne, direkt Gewicht

1) So Stammler neuerdings in der „Lehre vom richtigen Rechte“ S. 504 vgl. oben; ähnlich Staudinger's Komm. z. B.G.B. zu § 133 Ziff. 8.

darauf zu legen". Es liegt nahe, dass dieser Standpunkt nicht darauf Anspruch machen kann als ein wissenschaftlicher anerkannt oder widerlegt zu werden, sondern vielmehr der erklärte Verzicht auf einen wissenschaftlichen Standpunkt ist.

Wissenschaftlich konsequenter ist der Standpunkt, den Danz vertritt. Er findet seinen kürzesten Ausdruck da, wo Danz[1]) sagt: »Der Unterricht der auslegenden und ergänzenden Rechtssätze, dass erstere als Bedingung ihrer Anwendung abgegebene Willenserklärungen voraussetzen, letztere aber gerade voraussetzen, dass keine einschlägigen Parteibestimmungen getroffen sind, ist für Rechtsgeschäfte (für die er aufgestellt ist) nicht haltbar.« Dieser Satz, dessen Richtigkeit nach allem, was bis jetzt vorgebracht, einem Zweifel nicht unterliegt, beruht dennoch in dem Sinn, den Danz damit verbindet, auf einem Missverständnis. Aus allem was Danz weiter noch äussert zu der fraglichen Kontroverse, geht klar hervor, dass er nicht sagen will, wie wir es für geboten halten: Es ist falsch, ausser den subsidiären ergänzenden Rechtssätzen, und im Unterschied von ihnen, Rechtsfolgen für den Zweifel aussprechende Bestimmungen anzunehmen, welche ihrem Wesen nach positive Auslegungsregeln sein sollen; sondern was Danz meint, ist: Dass ein Unterschied zwischen positiven Auslegungsregeln, die er als solche wohl anerkennt, und ergänzendem Recht überhaupt nicht bestehe, dass beide identisch seien, verschiedene Ausdrucksformen ganz des gleichen Inhaltes. So sagt Danz an einer Stelle[2]): »Auch die vielen sogen. ergän-

1) Danz a. a. O. S. 108.

2) Danz a. a. O. S. 109.

zenden Einzelbestimmungen des B.G.B., die sich im besonderen Teil der Schuldverhältnisse finden, könnten ebensogut als Auslegungsregeln gefasst sein ohne dass die demnach zu gebende Entscheidung sich irgendwie ändern würde,« und weiter[1]): »Es ist daher auch ein für die Praxis nutzloses Beginnen, die einzelnen Gesetzesnormen zu sondern in auslegende und ergänzende, denn ob man die einen Normen zu der einen oder andern Art rechnet, ist für den rechtlichen Erfolg völlig gleichgiltig.« Den Beweis für seine Theorie sucht Danz dadurch zu erbringen, dass er Fälle als Beispiel wählt, in denen ein Rechtssatz als Auslegungsregel oder als ergänzendes Recht zum gleichen Resultate führt. Nun leugnet Stammler, den er zu widerlegen sucht, das Vorhandensein zahlreicher solcher Fälle gar nicht; auf die praktische Eventualität, auf die Stammler das entscheidende Gewicht legt, auf die Fälle, wo nach seiner Ansicht auch in der Praxis der Unterschied evident werden müsste, geht Danz gar nicht ein. Doch auch ohnedies hätte es Danz klar sein müssen, dass die konstatierte Übereinstimmung zwischen den Rechtsfolgen beider Arten von Rechtssätzen (überall mit Danz und Stammler das Vorhandensein beider, insbesondere positiver Auslegungsregeln angenommen) da wo solche stattfindet, eine rein äusserliche sein müsste bei völliger innerer Wesensverschiedenheit: dort Willenswirkung, hier Gesetzeswirkung; dort dispositives Recht in subjektivem Sinn, hier allein auf positiver gesetzlicher Regelung beruhende Rechtsfolgen. Damit verkennt Danz

1) a. a. O. S. 110.

einen Unterschied, den zwischen dispositivem und ergänzendem Recht, in dessen Nachweis das unzweifelhafte hohe Verdienst Stammlers liegt. Der Fortschritt erweist sich in diesem Punkt als ein offensichtlicher Rückschritt gegen Stammler, der doch gerade überwunden werden sollte. Die theoretische Grundlage, von der Danz dabei ausgeht, ist seine oben erwähnte Auslegungstheorie d. h. die Anschauung, als ob Auslegung ihrem Wesen nach Ergänzung der Willenserklärung wäre oder sein könnte, und darauf aufbauend die Theorie, dass die Rechtswirkungen eines Rechtsverhältnisses in einem bestimmten Punkt, der im Prozesse gerade fraglich geworden ist, durch Auslegung zu bestimmen seien, und dass diesen Charakter der Auslegung eben die sogen. gesetzlichen Auslegungsregeln in vollem Umfange trügen.

Freilich ist Danz's Standpunkt völlig konsequent, nur geht er, wie oben gezeigt wurde, von falschen Prämissen aus. Diese allerdings zugegeben, muss es offenbar auf das gleiche herauskommen, ob ich, um einen bestimmten Gesetzeswillen auszudrücken, ergänzendes Recht wähle oder eine Auslegungsregel, die ja auch ihrem Wesen nach Ergänzung der Willenserklärung sein soll. Die Verkennung des analytischen Charakters der Auslegung ist hier zur Quelle eines weiteren Irrtums geworden. Wir glauben die Unhaltbarkeit eines solchen Standpunktes im ersten Teil unserer Untersuchung nachgewiesen zu haben; hier diene er nur zur Erklärung eines Irrtums, der unzweifelhaft in ihm begründet ist: der Identifizierung von Auslegungsregeln und ergänzendem Recht.

Die moderne Literatur steht nun, soweit sie nicht der Stammlerschen Theorie folgt, grösstenteils auf

dem hier erwähnten Standpunkt Danz's. So vor allem Ehrlich, der meist mit Danz im Zusammenhang genannt wird. Seine Auffassung hier des näheren zur Erörterung zu stellen, kann unterbleiben, da sie inzwischen durch Hölder[1]) eine eingehende Kritik erfahren hat. Ausser den Genannten folgen Danz noch Leonhard[2]), Wedemeyer und vor allem v. Staudingers[3]) Kommentar zum B.G.B.

---

1) Vgl. Hölder, krit. Vierteljahrsschr. Bd. XLII. S. 487 ff.

2) Leonhard, der allg. Teil des B.G.B. S. 347 ff.

3) v. Staudinger, Komm. zum B.G.B. § 133 Ziff. 7.

Zusammenfassung.

Indem wir die Ergebnisse unserer Untersuchung zusammenfassen, glauben wir folgende Punkte in kürzester Form hervorheben zu sollen:

1. Auslegung ist analytischen Charakters; Feststellung des Inhalts der Willenserklärung, nicht ihrer Rechtsfolgen, also nicht Ergänzung der Willenserklärung.
2. Mittel der Auslegung ist daher nicht das Gesetz, sondern die Verkehrssitte und der Sprachgebrauch, da sie die wesentlichen Elemente der Erklärung sind.
3. Die einzigen Auslegungsregeln des B.G.B. sind die §§ 133 und 157; sie sind allgemeiner, zwingender, formeller Natur, und wenden sich an den Richter im Prozess.
4. Positive gesetzliche Auslegungsregeln sind dem Begriff nach unmöglich.
5. Das subsidiäre Recht ist einheitlich seinem Begriff und seiner Wirkung nach; Bestimmungen höherer Subsidiarität innerhalb desselben sind ausgeschlossen.
6. Die als positive Auslegungsregeln bezeichneten Bestimmungen sind Bestimmungen des subsidiären Rechtes, die Rechtsfolgen festsetzen, die dem typischen Inhalt und Zweck des betreffenden Rechtsgeschäfts entsprechen; also eine Gruppe

von lediglich durch ihren rechtspolitischen Charakter und Ursprung ausgezeichneten Sätzen des subsidiären Rechts.

Wenn damit die Richtigstellung der bisherigen Theorie des subsidiären Rechts in einigen Punkten gelungen ist, so handelt es sich dabei lediglich um Konsequenzen der längst im Prinzip anerkannten, im Einzelnen jedoch noch nicht genügend verwerteten und allerseits durchgeführten Theorie des objektiven Rechts: der Gesetzestheorie.

Literaturverzeichnis.

Kommentare zum allg. Teil des B.G.B. von Hölder, Planck, v. Staudinger.

Lehrbücher des bürgerlichen Rechts von Crome, Cosack, Dernburg, Endemann, Leonhard, Stammler.

Lehrbücher der Pandekten von Brinz, Dernburg, Hölder, Keller, Windscheid-Kipp.

Binder, Rechtsstellung des Erben 1901.

Bülow im Arch. f. civ. Pr. Bd. 64. S. 73 ff.

Bülow, Zivilprozessuale Fiktionen im Arch. f. civ. Pr. Bd. 62. S. 1 ff.

Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, II. Aufl. 1907.

Danz, Laienverstand und Rechtsprechung in Jherings Jahrb. XXXVIII.

Ehrlich, zwingendes und nichtzwingendes Recht im B.G.B. 1899 in Fischers Abhandlungen.

Ehrlich, stillschweigende Willenserklärung 1893.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Enneccerus, das Rechtsgeschäft.

Habicht, d. Einwirkung des B.G.B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. II. Aufl. 1900.

Hedemann, die Vermutung. 1904 in Fischers Abhandlungen.

Hellmann, Vorträge über das B.G.B. 1897.

Heussler, Grundlagen des Beweisrechtes, im Arch. f. civ. Pr. Bd. 62, S. 209 ff.

Hölder in Krit. Vierteljahrschr. XLII. S. 487 ff.

Hölder im Recht 1901. S. 216 ff.

Hölder zur Theorie der Willenserklärung aus der Festschrift für Degenkolb Lpz. 1905.

Isay, die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts 1899 in Fischers Abhandlungen.

Laband, die Handelsusancen, in Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht. Bd. XVII.

Leonhard, Irrtum bei nichtigen Rechtsgeschäften 1882.

Leonhard, Der allg. Teil des B.G.B. 1900.

Pernice, Zur Lehre von den Rechtsgeschäften, in d. Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht XXV. S. 79 ff.

Pernice, Rechtsgeschäft und Rechtsordnung, in d. Zeitschr. f. d. Privat- u. öffentl. R. v. Grünhut, Bd. VII, 1880, S. 465.
v. Savigny, System des römischen Rechts. Bd. I
Stammler im Arch. f. civ. Pr. 69.
Stammler, Lehre von dem richtigen Rechte.
Stein, das private Wissen des Richters 1893.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.
Wach, Handbuch des deutschen Civilprozessreehts 1885.
Wach, Präclusion und Kontumaz in Zeitschr. f. d. Privat- und öffentl. Recht v. Grünhut. VII. Bd. 1880.
Wedemeyer, Auslegung und Irrtum, Marburg. Diss. 1903.
Windscheid, Wille und Willenserklärung im Arch. f. c. Pr. 63. S. 72 ff.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. Lpz. 1879.
Zitelmann, Recht des B.G.B. allg. Teil Lpz. 1900.